

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LAYLA PONTELLO

O INADIMPLEMENTO DO CONTRATO PELO USUÁRIO E A POSSIBILIDADE DE
CORTE DO SERVIÇO PÚBLICO

CURITIBA
2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LAYLA PONTELLO

O INADIMPLEMENTO DO CONTRATO PELO USUÁRIO E A POSSIBILIDADE DE
CORTE DO SERVIÇO PÚBLICO

Monografia apresentada como requisito
parcial para conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Profº Egon Bockmann Moreira

CURITIBA
2010

TERMO DE APROVAÇÃO

LAYLA PONTELLO

O INADIMPLEMENTO DO CONTRATO PELO USUÁRIO E A POSSIBILIDADE DE CORTE DO SERVIÇO PÚBLICO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Direito,
Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Profº Egon Bockmann Moreira

Departamento de Direito Público,
UFPR

Profº _____

Profº _____

Curitiba, de de 2010.

Dedico este trabalho ao meu pai, Clori José Pontello, um homem inspirador, que batalhou pela própria vida nos ensinando a ser gratos por cada dia, e dar valor a cada segundo da nossa existência. A minha mãe Edirce, pela ajuda, pelo amor e pelo carinho, e apoio incondicional nos momentos mais difíceis. E ao Guilherme, que me dá a alegria de todo dia acordar com um sorriso do seu lado, pelo apoio, pelo amor dedicado todos os dias da nossa vida: obrigada por me ensinar a ter vontade de querer chegar cada vez mais longe.

Agradeço ao Egon pelo apoio e atenção desde a escolha do tema, por ser meu primeiro professor de Direito Administrativo e ter feito essa disciplina, desde a sua primeira aula, me parecer intrigante e apaixonante, e pela dedicação dispensada sempre. Agradeço também a Ana Rita pelas lições, e também pelo carinho e amizade de sempre.

RESUMO

Com este trabalho, buscou-se indagar a respeito das possíveis relações entre concedente, concessionária e usuários, e os limites de incidência do regime de direito administrativo e de direito privado. Há momentos em que se aplica o regime de direito administrativo, a Lei Geral de Concessões - Lei nº 8987/95, primariamente. Em outros, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, e essas hipóteses de incidência ainda causam muita dúvida aos estudiosos. Não há ainda uma jurisprudência sobre o assunto: ora decide-se em um sentido, ora em outro. A tarifa que remunera a concessionária também traz questionamentos: se todos devem pagá-la, se pode haver uma tarifa que subsidie um serviço que não o fruído, se a tarifa paga remunera adequadamente o prestador, enfim. Procura-se estabelecer relações entre o usuário e o serviço a ele disponibilizado, qual o papel dele na relação concessionária e as diferentes posições doutrinárias a respeito do assunto. Há também diversas decisões que se prestam a traçar um panorama de como o Judiciário, especialmente o STJ, vem decidindo sobre as questões envolvendo obrigações, ônus e direitos, tanto da concessionária que presta o serviço como do usuário que frui dele, nas quais se discute a possibilidade do corte do serviço, em que situações e quais as condições de sua legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Concedente. Concessão. Serviço público. Inadimplemento. Usuário.

ABSTRACT

With this work, it was sought to investigate about the many possible relations between the grantor, the concessionaire and the users, as well as the limits of incidence of administrative Law system and private Law system. There are moments as it relates the administrative Law system, the General Law of Concessions – nº 8987/95, primarily. In others, the CDC – Consumer Defense Code is applied, and these incidence assumptions still cause the legal scholars many doubts. There is still no case Law in this subject: sometimes it is decided in one way, sometimes in another. The rate that compensates the concessionaire also brings questions: if everyone must pay it, if there may be a fee that subsidizes service not effectively used, mean, used by others, if the fare paid adequately compensates the provider, anyway. It seeks to establish relationships between the user and the service provided to him, what his role in the relationship concessionaire and the different doctrinal positions on the matter. There are also several decisions that lend themselves to give an overview of how the judiciary, especially the STJ (Superior Tribunal de Justiça), is deciding on matters involving obligations, liens, rights of both the licensee providing the service as the user that enjoys about the possibility of disconnection, in which situations and what the conditions of its legality.

KEY WORDS: Grant. Grantor. Public service. Default. User.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
2 LEI GERAL DE CONCESSÕES (8.987/95) E CDC (8.078/90): POSSIBILIDADES E LIMITES DE INCIDÊNCIA	9
2.1 Usuário ou consumidor?	9
2.2 A Complexa Relação Jurídica Concessionária.....	14
2.3 A aplicabilidade dos distintos regimes jurídicos na relação jurídica concessionária	22
3 A SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS DE CONSUMO COM BASE NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA	31
3.1 A necessidade de equilíbrio entre direitos e obrigações entre usuário e concessionária	31
3.2 Princípio da continuidade e a legalidade da suspensão dos serviços públicos essenciais	37
3.3 A legalidade da suspensão e o problema do corte dos serviços públicos em razão de inadimplência de pessoa jurídica de direito público: posições do STJ	42
3.4 O serviço adequado visto sob a ótica da legislação, doutrina e jurisprudência e da reserva do possível	47
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

Os diferentes temas envolvendo concessões de serviço público vêm intrigando bastante os estudiosos, principalmente pelas transformações políticas e econômicas das últimas décadas, em decorrência das desestatizações. A transferência da execução do serviço aos particulares, uma tradição européia, tem sido adotada no Brasil através da implementação de projetos atinentes a infraestrutura, visando possibilitar que os serviços públicos cheguem às pessoas e em melhores condições, com investimentos da iniciativa privada, que assume os riscos do projeto, a fim de que execute o serviço satisfatoriamente, ou seja, de acordo com as previsões do edital, e devendo ser remunerada adequadamente para liquidar suas dívidas, manter o funcionamento adequado e a qualidade do serviço.

Destaca-se no trabalho o projeto concessionário, os pólos que o compõem, e a posição do usuário em caso de inadimplemento por falta de pagamento, quais as condições para o corte, além dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que remetem ao assunto. São levantadas dúvidas quanto à posição do concedente e do concessionário em relação ao usuário, isto é, se um, outro, ou os dois se obrigam pelo serviço prestado.

Outra discussão é a respeito da diferença de tratamento dada pelo regime de direito administrativo, incluindo a Lei 8.987/95 (Lei Geral de Concessões) que faz referência expressa à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação concessionária.¹ Os princípios do CDC, contudo, não se aplicam indiscriminadamente, o que implica várias conclusões, embora não se chegue a uma definitiva, daí a dificuldade dos juristas em lidar com este tema.

A continuidade e a adequação dos serviços prestados, princípios inerentes aos serviços públicos também foi abordada, e há muita polêmica a esse respeito pelo debate em torno da *extensividade* do dispositivo do CDC que trata disso, o art. 22, Lei 8.078/90. Quanto à continuidade, pergunta-se se seriam afetos apenas aos serviços essenciais, o que gera opiniões diversas acerca da *essencialidade* entre consumeristas e administrativistas. Também se dedicam alguns parágrafos deste

¹ É intrigante pensar nisso porque a lógica privatista do CDC é frontalmente diferente da lógica administrativista, que confere aos usuários um tratamento uniforme, diferente do CDC, que parte da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor. Vê-se também a importância de alguns princípios do CDC aplicáveis como um instrumento de defesa dos interesses do usuário, bem como as agências reguladoras.

trabalho à necessidade de equilíbrio do contrato tanto para o concessionário quanto para o usuário. Trata-se de aferir se a tarifa cobrada efetivamente dá conta não só das despesas que assume o concessionário, mas também se se está adequadamente remunerando o serviço, para que se possibilite investir no próprio projeto, melhorando o serviço prestado ao usuário. De outro lado, o usuário possui instrumentos para revisão do valor cobrado e outras reivindicações, mas isso está longe da unanimidade da doutrina.

Afora isso, há também algumas linhas dedicadas àqueles que não pagam pela tarifa diretamente, seja por participarem de programas sociais, seja em decorrência de subsídio cruzado, etc. Também se indaga a respeito do corte por inadimplemento de pessoa jurídica de direito público, que afeta a vida de tantas pessoas, e influi em temas como saúde, segurança pública e outros serviços (por exemplo, corte de água, ausência de tratamento de esgoto, corte de luz). Discute-se se existe a possibilidade de corte ou não, e em que casos isso poderia acontecer. Essa hipótese em especial traz uma grande investigação sobre a essencialidade dos serviços públicos, quais deles são essenciais e a importância prática dessa discussão.

Após explicação das conturbadas e intermitentes mudanças de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da legalidade da suspensão do fornecimento de serviço público, são dedicadas algumas linhas ao chamado *serviço adequado*, uma orientação trazida tanto pelo Direito Administrativo quanto pelo Direito do Consumidor, vista sob o vértice da *reserva do possível*, um princípio de direito administrativo que envolve os gastos públicos e é utilizado na ponderação das decisões administrativas.

2 Lei Geral de Concessões (8.987/95) e CDC (8.078/90): possibilidades e limites de incidência

2.1 Usuário ou consumidor?

Tivemos no século XIX, é sabido, um modelo de Estado abstencionista, Liberal, que não se imiscuía diretamente na vida dos indivíduos. Havia uma preocupação por parte da burguesia em limitar o Poder, a fim de que fossem preservadas suas liberdades, o que contribuiu para acelerar o processo histórico de concentração de poder nas mãos da Administração, ocasionando a chamada *personificação* da Administração. Diante dessa postura assumida pelo Estado, os indivíduos se viram atribuídos de tarefas assumidas de forma difusa por diferentes setores da sociedade, como a Igreja e as Universidades: os atualmente denominados Serviços Públicos Assistenciais e Sociais.

Diante das transformações experimentadas ao longo do século XX, no que diz respeito às relações entre o Poder Público e os usuários dos Serviços Públicos, houve a necessidade de readequar a forma de se prestarem esses serviços, que sofreram, por assim dizer, um choque de alta tensão.

É evidente que não é compatível com as necessidades de hoje um modelo afrancesado como se tinha nesse velho modo de prestação. Passou o Estado, então, por força de inovações da própria doutrina e jurisprudência francesas, a assumir e prestar essas funções, direta ou indiretamente.

Verifica-se, a partir disso, um regime disciplinado pelo Direito Público, com o escopo de satisfazer as necessidades dos cidadãos. Dessa idéia extraem-se duas noções de serviço público. A primeira, segundo Grotti (2006, p. 41), *fundamentadora* de todo o Direito Público e, em particular, do Direito Administrativo, e a segunda, como um *critério* de repartição de competências entre jurisprudência administrativa e comum.

Para a noção clássica de Serviço Público, conforme contribuição da Escola de Serviço Público, haveria três elementos: o *subjetivo*, que considera a pessoa prestadora da atividade; o *material*, que atenta à atividade exercida; e o *formal*, que estabelece o exercício do serviço sob regime de direito público. Contudo, essa

distinção não se manteve, já que se fez necessária, cada vez mais, uma maior intervenção do Estado no âmbito de atividades antes reservadas à iniciativa privada. Por não poder assumir a organização de algumas necessidades, a solução adotada foi estabelecer contratos de concessão, bem como a criação de pessoas jurídicas privadas, assumindo tais funções, essas regidas pelo direito privado.

Estabelece o artigo 175, II da Constituição Federal de 1988 que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” E, em seu parágrafo único, que a lei disporá sobre os “direitos dos usuários”, no caso, e a “usuários-consumidores” dos serviços públicos concedidos ou permitidos. A Lei Federal nº 8.987/95 dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da CF. Também na Constituição impõe-se ao Estado a promoção, na forma da lei, da *defesa do consumidor*, de acordo com o inciso XXXII, do art. 5º, dedicado aos direitos fundamentais.²

Analizando o enunciado do art.2º do CDC³, José Reinaldo de Lima Lopes afirma que o enfoque adotado pode perder um elemento essencial, que é o que identifica a existência da própria disciplina da relação de consumo, qual seja, a subordinação econômica do consumidor (LOPES, 1992, p. 78-79). Interessante observar também que o *caput* do art. 7º da Lei Geral de Concessões trata dos “direitos e obrigações dos usuários”, “sem prejuízo do disposto na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990” – ou seja, a Lei de Concessões trata ali dos direitos dos usuários, sem prejuízo do CDC, que trata dos consumidores, respeitada a *inteligência* própria da Lei de Concessões.

Em recente trabalho de autoria do Professor Egon Bockmann Moreira, os usuários são caracterizados como detentores de “direito subjetivo público à efetiva

² Outro dispositivo igualmente essencial no que tange a esse assunto é o art. 170 da CF, que cuida da “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, tendo por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, e desde que observados determinados princípios fundamentais, dentre eles a defesa do consumidor, conforme estabelece o inciso V do artigo referido.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) traz esses dispositivos legais em seu art. 1º. “Art. 1º “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do art.5º, inciso XXXII, 170, V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”

O CDC se refere a *consumidor* para se referir à pessoa física ou jurídica que adquire bens ou serviços, sendo seu destinatário final, enquanto a Lei Geral de Concessões se refere ao *usuário* para qualificar aquele que receberá a prestação do serviço, conforme se observa no art. 6º da Lei 8.987/95. Art. 6º “Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.”

³ “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

prestação de serviço adequado”, ou têm assegurado, nos termos do estatuto e do contrato, uma posição concreta de vantagem pessoal quanto a usufruir diretamente daquele serviço público (MOREIRA, 2010, p. 344). O Professor constata ainda que essas prestações são devidas ao usuário enquanto sujeito de direito integrante desta específica relação jurídica.⁴ De acordo com Cirne Lima (1953, p. 28-29), pode o mesmo negócio jurídico, de Direito Público ou Privado, vir a criar, simultaneamente, relações de administração e direitos subjetivos, aquelas e estes com a mesma natureza publicística ou privatística. Isto é: a partir da concessão de serviço público, defluem simultaneamente relações de administração e direitos subjetivos do concedente e do concessionário.

O chamado cidadão-usuário é titular de direitos e dono da escolha quanto ao uso e gozo da comodidade a ser prestada pelo concessionário, excluídos alguns serviços nos quais a autonomia do usuário é mitigada, como, por exemplo, os de água e esgoto. A adequada prestação do serviço, tema a que se dedica tanto o CDC quanto a Lei de Concessões, ao qual se dedicará também parte deste trabalho, deve ser exigida a fim de se proteger a boa-fé e se repelir o abuso de direito.

Contudo, o direito deixa de ser subjetivo quando o ordenamento se limita a atribuir a condição de interessados aos sujeitos, o que se presta a regular a titularidade e o exercício de forma genérica. O concedente submete o projeto ao crivo público e, a partir daí, instala-se a boa-fé cognitiva quanto aos limites da concessão que, uma vez transpostos, ameaçam a legalidade e a segurança jurídica. Nas concessões de serviço público trabalha-se com a alta probabilidade do cumprimento dos deveres e obrigações atribuídos ao prestador e ao usuário, mas não em termos absolutos.

Egon Bockmann Moreira (2010, p. 359) faz uma observação intrigante quanto ao destinatário da concessão, sustentando que o projeto concessionário não concerne apenas ao usuário (no singular), mas a uma concreta política pública que beneficiará todo o conjunto de usuários. Isso coloca à prova o que se estabelece no Código de Defesa do Consumidor no que se refere ao próprio conceito de consumidor por ele trazido, já que faz a ele referência como sendo o destinatário final do bem ou serviço.

⁴ Desta forma, podem ser exigidas as prestações previamente fixadas como deveres e obrigações do concessionário. O direito subjetivo público emerge daquelas relações jurídicas entre as pessoas privadas e a Administração Pública, ou quem lhe faça as vezes. É o poder de exigir condutas imputadas ao Estado, efetivamente conferido ao sujeito privado.

O que se argumenta aqui é que o indivíduo não está consumindo um serviço, mas, numa perspectiva mais ampla, um conjunto de indivíduos, ou uma comunidade, ou um bairro, enfim, serão beneficiados pelos serviços prestados pela concessionária. Concretamente, imagine-se uma construção de linha de metrô, por exemplo. Pergunta-se: qual será o maior beneficiado com o projeto, o usuário ou a concessionária? Nem um nem outro, porque o projeto não se destina ao enriquecimento da concessionária, nem a necessidades isoladas do usuário tomado individualmente⁵, mas sim, a uma necessidade coletiva, o que enseja uma atuação direta ou indireta do Poder Público.

Marçal Justen Filho (2003, p. 13), ao problematizar a questão no início de sua obra a respeito das concessões, estabelece os efeitos redistributivos do poder político e econômico que trazem a outorga de uma concessão, e traz como exemplo as rodovias. Se ausente a concessão, sua exploração se dará com recursos públicos comuns oriundos, em sua maior parte, de tributação. Isso significa dizer que contribuintes que não se beneficiam das rodovias estão custeando a utilização por outros, o que caracteriza uma transferência patrimonial.⁶ Seu efeito imediato consiste na alteração de distribuição de riqueza na sociedade, porque as outras fontes, como a tributária, deixam de ser utilizadas para satisfazer necessidades específicas, e passam a ser aplicadas em investimentos públicos de destinação mais ampla.

César A. Guimarães Pereira (2006, p. 34), entretanto, enuncia que é o usuário a figura central, ou seja, o usuário seria o foco da relação jurídica. Segundo o autor, só haveria serviço público na medida em que fosse possível identificar um usuário que pudesse dele fruir de modo singular e individual, acrescentando que somente os serviços fruídos singularmente podem ser caracterizados como serviços públicos. Defende, então, que a base principiológica da atuação do Poder Público, tanto como prestador como quanto controlador, repousa sobre a dignidade da pessoa humana, o que remete à conclusão de que o serviço público seria construído e prestado para ele, o *usuário*.⁷

⁵ Pense-se na concepção ultrapassada entre Estado Administrador e administrado ou súdito. Não se admite aplicar essa lógica às relações jurídico-administrativas, porque não é compatível individualizar os sujeitos como destinatário de um serviço “feito para ele”. Essa é a perspectiva em consonância com o privilégio do interesse público primário, o que é absolutamente desejável.

⁶ A outorga, desta forma, faz com que a prestação do serviço público deixe de ser custeada pela sociedade em seu conjunto e passe a sê-lo somente por seus usuários, na medida de sua fruição.

⁷ A falta de capacidade de fato não afasta a caracterização de usuário, conforme nos lembra Marçal Justen Filho (2003, p. 549), o que não impede o reconhecimento do usuário como sujeito de direito nem como integrante da relação jurídica. Sobre esse tema voltaremos a tratar adiante, ao falar da relação jurídica que se constitui a partir

Dessa forma, o indivíduo seria o *fim*, e não o *meio*, o *instrumento* de ação do Estado. Tratar-se-ia, então, de um sujeito de direito titular do direito à prestação, mediante uma possível contrapartida, se prevista. Esse direito à prestação se refere, segundo ele, a um serviço já criado, que não se identifica com o direito às prestações, este um serviço a ser potencialmente implementado pelo Estado. Em outras palavras, não se cogitaria, sem o usuário, de prestação de serviço público em sentido estrito.

Ainda nesse sentido, Cesar A. Guimarães Pereira (2006, p. 55) faz referência à distinção das atividades administrativas destinadas à realização do interesse público através de obras públicas das ações que apenas aproveitam aos “administrados” de modo difuso, como a atividade normativa da Administração; assim, o serviço público atenderia o interesse público a partir da fruição singular, para aí se caracterizar o serviço público, pois, do contrário, se estaria diante de atividade administrativa de outra diversa.

Há uma ou outra situação em que usuários e consumidores se aproximam, qual seja, aquela em que a prestação do serviço público tem menor ingerência do Poder Público. Pode-se falar naqueles serviços caracterizados por maior competição e relativa liberdade de organização econômica por parte dos prestadores, como as telecomunicações. Já os serviços prestados sob regime de monopólio, diversamente, possuem controle pleno por parte do Estado, sendo descabido e tecnicamente equivocado atribuir aos beneficiários desse serviço o papel de consumidores. Há, portanto, um grande número de situações em que os conceitos (de consumidor e de usuário) serão absolutamente diversos.

Essas diferenças são fundamentais para delimitar o regime derivado do CDC (Lei 8.078/90), nos limites da aplicação deste ao serviço público. Assim, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor traz a legitimação para o ajuizamento de ações coletivas (arts. 81, 82 e 83 do CDC), que se refere apenas à “defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas”. Pergunta-se, desse modo, se esse dispositivo seria aplicável aos usuários dos serviços públicos – e há casos em que ações coletivas têm sido utilizadas para tratar de pretensões que seriam apenas atribuíveis aos usuários, como a revisão judicial de tarifas de pedágio. Percebe-se,

da prestação do serviço público. Adianta-se que há diferentes concepções sobre os pólos dessa relação jurídica. Questiona-se se o usuário faria parte dessa relação. Para Marçal Justen Filho, essa seria uma relação trilateral, ou seja, da qual o usuário faria parte.

assim, a importância dessas considerações, que têm por finalidade determinar o regime jurídico aplicável a cada situação.

Leila Cuéllar (2003, p. 141-143) também trata da distinção entre usuários e consumidores, e utiliza como fundamento a própria Constituição Federal, que alude a diplomas legais distintos para a proteção de cada um: o Código de Defesa do Consumidor (art. 5º, XXXII) e a Lei de Participação do Usuário de Serviços Públicos (art. 37, parágrafo 3º).⁸ Ela acrescenta que a imagem do usuário se modificou e acabou por fundir-se com a do cliente, o que resultou em um reconhecimento econômico que fez do usuário um consumidor. Porém, a autora (CUÉLLAR, 2003, 146) acaba por concluir que a incidência cumulativa do CDC e da Lei de Concessões, ante a prevalência do Direito Administrativo, tornam a situação do usuário diferente da situação daquele consumidor, pólo de relações jurídicas privatísticas.

Ela firma sua posição partindo do conceito de *situação jurídica estatutária* para se referir a usuário e Administração, da qual são derivados direitos e obrigações previstos em leis e regulamentos. A prestadora, ainda, não seria uma simples particular diante do usuário, mas, diversamente, ocuparia a mesma posição da Administração Pública. O acordo de vontades entre a prestadora e o usuário se faria pelo chamado ato-condição, que coloca o usuário numa situação geral, impedindo que a Administração fixe diferentes padrões para cada usuário.

2.2 A Complexa Relação Jurídica Concessionária

O instituto da concessão de serviço público, diferentemente dos demais contratos administrativos, de colaboração, que se relacionam indiretamente com a prestação de serviços públicos, vincula-se diretamente ao atendimento de necessidades coletivas essenciais. Isso instaura a necessidade de adequar permanentemente a atividade desenvolvida à obtenção da melhor alternativa para realização dos interesses em discussão. A mutabilidade, inerente aos contratos administrativos, deve aqui ser encarada da mesma forma que nos outros contratos administrativos. Isso se deve à complexidade dos setores que envolvem a

⁸ Cuéllar entende que há efetivamente maior necessidade de maior proteção aos usuários de serviços públicos, o que implicaria ampliação de seu conceito, de tal sorte que se poderia falar em usuário-cliente ou usuário-consumidor.

concessão, que requerem grandes desenvolvimentos tecnológicos e custos altos, além da necessidade de acompanhar esse processo a todo momento.⁹

Deve-se ponderar, no entanto, que a inovação deve ser aceita, a menos que resulte violação a valores ou interesses protegidos pelo Direito e, segundo Justen Filho (2003, p. 89), não haveria cabimento em “inviabilizar formas perfeitamente satisfatórias de associação entre os setores público e privado mediante a invocação de soluções concebidas no puro plano da teoria, que não encontram respaldo nem na ordem jurídica existente nem na realidade dos fatos”.

A concessão comum de serviço público envolve uma relação jurídica administrativa na qual se estabelece um vínculo jurídico disciplinado pelo Direito Administrativo entre concedente e concessionário, e seus efeitos são projetados aos usuários, estabelecendo-se direitos, deveres, obrigações e relações especiais, segundo Egon Bockmann Moreira (2010, p. 102). Tem-se uma relação de direito administrativo *típica*, uma vez que se adota um modelo fechado para as concessões comuns; *unitária*, já que os efeitos resultam da conjugação da outorga, do regulamento e do contrato administrativo; e *complexa*, porque é derivada da justaposição de três elementos: um *ato administrativo de outorga*, um *regime estatutário exclusivo* e um *contrato administrativo especial*.

A concessão tem a função econômico-social de explicar a unidade do contrato e sua pluralidade de sujeitos e prestações. Sua configuração não depende em exclusivo da vontade das partes, porque o vínculo dá autonomia à relação concessionária. Através dela, transfere-se o *projeto concessionário auto-sustentável* ao particular, que assumirá *por sua conta e risco* a execução desse serviço, mediante aprovação em prévia licitação.

O contrato administrativo é o fato jurídico que concretiza a relação jurídica concessionária, e conjuga em um só negócio as prestações oriundas de espécies contratuais diversas, tais como: serviço, empreitada e gestão. Após elaborar essas

⁹ No Direito Comunitário Europeu, diz Marçal Justen Filho (2003, p. 78), está-se em presença de contratos públicos de obras, na acepção do direito comunitário, quando o custo da obra for suportado principalmente pela entidade adjudicante e o adjudicatário se remunere apenas por meio de direitos cobrados diretamente dos utentes da obra (trata-se da entidade administrativa que promoveu a contratação, não se trata do usuário privado). Há também as hipóteses em que o Estado paga um preço pelas obras realizadas, que não corresponde, obviamente, às concessões comuns, foco deste trabalho. Essa concepção está presente no direito francês, cuja história mostra a constante diferenciação entre a concessão de serviço público das contratações comuns. No Brasil, muitas vezes tem-se uma visão dura e uniforme, pela ótica consolidada em relação ao Direito Administrativo como sendo ramo livre de influências do Direito Privado. Qualquer vício ou erro, de acordo com os pensadores mais tradicionais, levaria à nulidade dos atos administrativos.

considerações, Bockmann Moreira (2010, p. 105) pondera que o contrato de concessão – que, segundo ele, envolve apenas concedente e concessionário – uma vez conjugado ao ato de outorga e ao respectivo regime estatutário, enseja uma relação jurídica concessionária: tal vínculo teria, para Cirne Lima, a natureza de negócio jurídico de legitimação (1953, p. 142).

A concessão tem por objeto a materialização da obra, a gestão do serviço concedido e a prestação aos usuários. É direito do concedente exigir que o concessionário realize as prestações pelas quais se comprometeu. Por conteúdo, tem-se um feixe de direitos e deveres. Isso irá variar de acordo com o contrato, porque poderá tratar ou da concessão de obras, de serviços, ou de serviços precedidos de obras, conforme o inciso I do art. 1º da Lei 8.987/95, que alude a essas formas de prestação do serviço público, de competência do concedente (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios). É oportuno ponderar nesse momento que a atribuição aos entes não significa que estes necessariamente irão prestar diretamente o serviço. A Administração Pública se obriga e deve se responsabilizar pelo serviço a ser prestado pelo Concessionário, mas há inúmeras situações que podem derivar dessa relação, como a constituição de um consórcio pelo ente que recebeu a outorga.¹⁰

O contrato de consórcio formaliza a associação desses interesses e regula obrigações recíprocas e específicas, sempre visando atingir o fim comum em razão do qual foi estabelecido. O consórcio está disciplinado nos artigos 278 e seguintes da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) e, uma vez firmado, dá ensejo a uma relação de coordenação desses diferentes interesses, que, entretanto, visam a um fim específico e comum.¹¹

¹⁰ Contudo, o inciso II do art. 2º da Lei 8.987/95 flexibiliza esse pólo, permitindo que pessoas jurídicas ou consórcios de empresas prestem o serviço, excluindo, porém, as pessoas físicas.

¹¹ O consórcio não envolve a constituição de pessoa jurídica autônoma, então sua constituição prevê personalidade jurídica, patrimônio, sede e administração próprios. Para tal, pressupõe a constituição de uma SPE – Sociedade de Propósitos Específicos, a qual irá firmar o contrato e será, assim, a concessionária de serviço público. No caso das autorizações comuns, a previsão para constituição de SPE está disposta no art. 20 da Lei 8.987/95. O objetivo da Sociedade de Propósitos Específicos é gerir a atividade concessionária daquele específico contrato e permitir a autonomização de parcela das atividades empresariais, como a separação de ativos e riscos envolvidos no negócio. Uma vantagem dessa forma de prestação é a maior estabilidade nas relações internas entre as consorciadas, já que há previsão dessa separação de ativos e riscos – o que, vale dizer, torna o projeto mais atrativo e confiável. Ainda, a segurança e transparência inerentes à organização societária repercutem em vantagens de ordem econômico-financeira, que se traduzem no equilíbrio que deve ser mantido durante toda a execução do contrato. Vale ressaltar, entretanto, que em certos casos é exigida da sociedade a prática de negócios que não estão diretamente vinculados ao propósito específico, como algum aprimoramento no serviço, através, por exemplo, da celebração de determinado negócio com terceiro. Isso não quer dizer, contudo, que se estaria transgredindo o objeto social, o edital de licitação ou mesmo a Lei de Concessões.

Além da possibilidade de delegação da execução do serviço ao conveniado, conforme enuncia o art. 1º, inciso II da Lei Geral de Concessões – que prevê a delegação da prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado –, deve ser aventada também a possibilidade de elaboração de convênio para prestar o serviço. Haverá, nessa última hipótese, novamente a reunião dos interesses do concedente aos do conveniado, também numa relação de coordenação, para atingir fins comuns, mas cabe aqui estabelecer algumas distinções quanto à execução do serviço pelo consórcio e pelo convênio, que experimenta diferenças desde o momento da constituição.

Na hipótese de se estabelecer convênio, e não consórcio, para atingir a finalidade de executar o serviço, haverá transferência de uma pessoa política para outra pessoa política da administração, sem que haja transferência da titularidade do serviço. O convênio enseja uma gestão associada do serviço público, e é autorizado tanto por lei que cria serviço novo quanto por leis específicas que instaurem a possibilidade de transferência dos serviços previstos na Constituição.

Tanto em uma hipótese quanto na outra, devem ser observados os artigos 18, 23, parágrafo único, e 241 da Constituição Federal. Na hipótese de envolver a União, atenta-se aos seguintes dispositivos: art. 10, parágrafo primeiro, alínea *b*, e parágrafo 5º do Decreto-Lei 200/67. Também deverão ser analisados os artigos 48 e seguintes do Decreto 93.872/86 – este último, acrescenta-se, conta com as modificações trazidas pelo Decreto 97.916/88. Deve dar-se, ainda, atenção à Lei 11.107/05, que dispõe a respeito dos consórcios públicos, bem como o Decreto 6.017/06, que traz diretrizes quanto aos convênios de cooperação e à gestão associada.

O contrato de concessão, como já foi suscitado, seria, tradicionalmente, relação jurídica bilateral, cujas partes são o concedente e o concessionário. Egon Bockmann Moreira (2010, p. 112) diz tratar-se de “relação jurídica bilateral seguida de prestação de serviço que, pode ou não dar origem a vários contratos, esses independentes entre si”. O autor salienta que o contrato administrativo de concessão de serviço público não abrange os contratos formais e informais que por vezes são

adotados nessa relação, nem as relações *multipolares* entre concedente, concessionário, usuários e terceiros. Também não estariam contemplados os contratos entre concessionário, fornecedores e prestadores.¹²

Marçal Justen Filho (2003, p. 61), em sentido diverso, defende que a concessão envolve não apenas a decisão unilateral do Estado de delegar a prestação do serviço público a um sujeito privado, mas exige manifestação e intervenção da comunidade. Na concepção do autor, portanto, a concessão configura relação jurídica trilateral, visto que um dos pólos seria ocupado por instituições representativas da comunidade. Só assim, segundo ele, poderia ser obtida a integral e satisfatória operacionalização da concessão, isto é, reconhecendo que a comunidade, especialmente os usuários do serviço público, não são terceiros. Cada parte seria titular de direitos, deveres, poderes e sujeições. Essas relações são vistas por ele como situações jurídicas que atribuem aos titulares a possibilidade de exigir a submissão de outrem ao próprio interesse e vontade, de modo geralmente permanente ou contínuo. Fernando Garrido Falla agrega:

Em primeiro lugar, deve se ter em conta que a clássica exigência de submissão de serviços públicos às regras exorbitantes do Direito Público perdeu grande parte de sua vigência. Ademais, e isso muitas vezes não é notado pela doutrina, as mesmas razões que advogam por uma “situação mista” (em parte contratual, em parte estatutária, regulamentar) para a que se encontra o concessionário, valem para justificar uma conclusão análoga em relação ao usuário do serviço público. A Administração Pública, com efeito, começa regulamentando, pelos meios de que dispõe, o funcionamento e uso dos serviços pelos administrados. Essa regulamentação será tanto mais intensa, e abarcará tantos mais aspectos da posição do administrado em relação ao serviço, quanto mais este serviço tenha um caráter administrativo (que não seja industrial ou comercial) e seja gerido diretamente pela Administração. Pois bem, as questões não previstas na regulamentação administrativa podem e devem ser resolvidas, se da sua natureza não se deduzir o contrário, mediante a aplicação dos critérios contratualistas. Destarte, como já se havia adiantado, a situação do usuário do serviço público pode simultaneamente ser, a depender do aspecto da relação que estiver sendo considerada, estatutária e contratual. (FALLA, 1992, p. 382).

Essas distinções têm o papel de determinar qual seria a natureza do vínculo que liga o usuário ao prestador, e se esse vínculo entre usuário e concedente poderia ser isolado. O art. 175 da CF prevê, em seu inciso II, que a lei disporá sobre

¹²Os efeitos bilaterais nasceriam da *celebração* do contrato, ao passo que os efeitos plurilaterais, em relação a usuários e terceiros, nasceriam da *execução* do contrato, intitulados de efeitos *inter partes* e *extra partes* do contrato de concessão, como a possibilidade de se firmar convênios e consórcios para a execução do serviço a ser prestado.

os direitos dos usuários sobre a política tarifária (III) e a obrigação de manter o serviço adequado (IV). No art. 37, parágrafo 3º, está previsto que:

A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

- I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
- II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X, e XXXIII;
- III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Percebe-se que são utilizados dois sentidos para usuário: no inciso I utiliza-se o sentido de usuário de serviço público, que recebe prestações e tem direito a receber serviços de qualidade. Já nos incisos II e III, identifica-se impropriamente cidadão com usuário.

O artigo 7º da Lei 8.987/95 alude a “direitos e obrigações dos usuários”, inclusive o direito de obter e utilizar o serviço com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviço, quando for o caso (inciso III). Quanto à exigência da prestação adequada do serviço, encontra respaldo legal no artigo 6º, parágrafo 1º, que menciona quais as condições em que se caracteriza o serviço como adequado, isso sem prejuízo à aplicabilidade do CDC (Lei 8.078/90), possibilidade trazida pela própria Lei Geral de Concessões no art.7º.

Dessa previsão decorrem dois posicionamentos: uma linha *ampliativa* de interpretação, que vê nessa afirmativa a admissão de que o vínculo entre concessionário e usuário caracteriza uma *relação de consumo* e, assim, se submeteria ao tanto ao CDC quanto às normas específicas de direito público. De outro lado, há a possibilidade de encarar essa norma como *restritiva*, de tal maneira que o art. 7º teria feito referência à aplicação do CDC tão somente no que diz respeito aos serviços públicos.¹³

Para Cesar A. Guimarães Pereira (2006, p. 88), tanto nas normas constitucionais como nas normas gerais federais não há título de habilitação do usuário para fruição do serviço. Entretanto, o regime aplicável ao usuário, segundo o autor, seria regulado pelas condições do serviço, determinadas pelo instrumento de

¹³ O art. 25, parágrafos 1º e 2º, bem como o parágrafo único do art.31 da Lei Geral de Concessões – que se referem à responsabilidade da concessionária frente aos usuários e à contratação de terceiros – também trazem previsões importantes para essa discussão, porque a contratação de terceiros envolve regime de direito privado.

delegação. Entender-se-iam como *condições do serviço* a tarifação e o serviço adequado. A tarifa, uma dessas condições, teria o papel de, por ser também contraprestação pelo serviço disponibilizado ao usuário, um meio de se exigir um serviço pelo qual se paga, e o serviço adequado pelo direito de o usuário poder receber a prestação a contento, tanto qualitativamente quanto quantitativamente e, como já se referiu, a garantia está presente também no art. 175 da CF. O art. 1º da Lei Geral de Concessões inclusive reitera o art. 175 da CF, e o faz ao vedar terminantemente qualquer possibilidade de concessão ou permissão que não seja precedida de licitação ou que deixe de se fundar em específico instrumento contratual.

Parte da doutrina entende que a tarifa seria um elemento caracterizador da relação direta entre o prestador do serviço e o usuário, porque indicaria uma relação entre credor e devedor; seria, assim “um dos aspectos da relação jurídica trilateral”, para aqueles que adotam essa visão. O montante da tarifa refletiria, sob essa forma de se pensar, a intensidade da fruição. Ainda, para os adeptos dessa visão, a situação se torna sobretudo mais complexa quando se pensa no candidato a usuário, como, por exemplo, um transeunte que aguarda o ônibus e sofre um acidente, por exemplo. Contudo, para identificar o usuário, parece fundamental analisar se recebe ou não a utilidade correspondente ao objeto material da prestação do serviço.

Cesar A. Guimarães Pereira (2006, p. 90-91) afirma, quanto à tarifa, que seria manifestação econômica da relação direta entre prestador e usuário, e que não poderia ser utilizada sem ter em vista a situação pessoal do usuário, o que não significaria analisar, para tal, dados objetivos, mas sim condições objetivas que caracterizariam o usuário. Para ele, seria fundamental, ao fixar a tarifa, analisar se o sujeito é efetivamente qualificável como usuário, bem como estipular um valor que reflita o uso do serviço, ressalvados os casos de tarifas subsidiadas.¹⁴

Egon Bockmann Moreira considera ser a estrutura tarifária um modo eficiente de distribuição, devendo ser levados em conta os diferentes níveis de usuários, compondo diversos conjuntos de tarifas (MOREIRA, 2010, p. 412). Esse método poderia, assim, ser subjetivo, analisando critérios como, por exemplo, pessoas físicas de baixa renda, aposentados, desempregados, etc.; ou objetivo, analisando o

¹⁴ O autor entende que a não-identificação de um usuário e de sua responsabilidade pessoal por uso do serviço implica a atribuição do ônus correspondente à coletividade.

momento da prestação (tendo em vista o estímulo ou o recuo, como na prestação de energia elétrica, para frear o consumo, por exemplo), ou mesmo a combinação deles, como usuários de baixa renda e momentos do consumo. Essas discriminações, ainda segundo o autor:

Cumprem o princípio da isonomia sob seu aspecto material, ao distinguir os desiguais e conferir tratamento privilegiado àqueles que dele efetivamente necessitam (...); à cada um destes grupos será atribuída tarifa que diga respeito aos seus dados sócio-econômicos, o que só pode ser implementado se forem poucos os grupos-padrão e se houver constante fiscalização. (MOREIRA, 2010, p. 413)

Quanto ao usuário e sua determinação, segundo Bockmann Moreira, haveria, em princípio, indeterminação limitada quanto aos futuros usuários, devendo estes, para o autor, serem ao menos passíveis de quantificação quando da prestação do serviço. A esse respeito, decidiu o STJ:

O tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato (“res inter alios acta”), que figurou por séculos como um dos primados clássicos do Direito das Obrigações, merece hoje ser mitigado por meio da admissão de que os negócios entre as partes eventualmente podem interferir na esfera jurídica de terceiros – de modo positivo ou negativo-, bem assim, tem aptidão para dilatar sua eficácia e atingir pessoas alheias à relação inter partes.¹⁵

No que se refere ao vínculo jurídico “contrato de prestação”, parece se configurar uma rede de contratos, ou seja, uma rede de relações jurídico-contratuais, devido aos indetermináveis vínculos firmados primariamente entre concessionário e usuários, com possíveis reflexos ao concedente, a depender do tipo de contrato. O eixo central, isto é, a causa econômica do contrato, é o contrato de concessão, em outras palavras, o projeto concessionário que se instala a partir desse contrato.

E todas as relações entre concessionário e usuário, além das inúmeras que envolvem terceiros (prestadores, fiadores, etc.), podem bem ser examinadas com base na “Teoria das Relações Contratuais”, sobre a qual se debruçou Rodrigo Xavier Leonardo (2004, p. 225-234), que considera que a teoria das relações contratuais procura ressaltar que em um grupo de dois ou mais contratos, para além da específica relação jurídica que cada um deles engendra, pode-se constituir uma realidade autônoma. Nesse viés, os contratos envolvidos comporiam uma mesma *operação econômica*, dotada apenas de uma causa sistemática própria.

¹⁵ REsp 468062-CE, Min. Humberto Martins, DJe 1.12.2008. < www.stj.gov.br > Acesso em: 12/07/10

Enfim, quando se fala em concessão de serviço público, deve-se levar em conta que há um conjunto de relações intersubjetivas, as quais estabelecem direitos, deveres e obrigações entre os sujeitos vinculados, que compõem um liame complexo que envolve relações multilaterais. Assim, há direitos, deveres, prerrogativas do concedente, de um lado, e direitos, deveres e sujeições do concessionário de outro e, portanto, múltiplos vínculos com o usuário.

2.3 A aplicabilidade dos distintos regimes jurídicos na relação jurídica concessionária

Na vigência do contrato de concessão há um vínculo permanente entre concedente e concessionário. Cada um deles pode exigir do outro determinado conjunto de deveres e obrigações. O concedente outorga ao concessionário competências públicas a serem exercidas em sua relação com usuários e terceiros. O sujeito privado que assumirá a posição de concessionário é investido em prerrogativas públicas típicas, devendo atuar como o Estado atuaria, ou seja, faz as vezes de Estado, e ocupa, assim, o pólo ativo da relação jurídica: ele adquire um direito novo, o direito de gerir um *serviço público em seu próprio nome*, nas palavras de Pedro Gonçalves (1999, p. 118). Ainda, de acordo com Vital Moreira:

Sendo os utentes (ou todos os terceiros relativamente ao contrato de concessão) titulares de direitos subjetivos públicos em face do concedente, tais direitos não se extinguem nem se suspendem pelo fato de a Administração se fazer substituir na gestão do serviço público. Ou seja, na relação com os utentes do serviço público, há só uma alteração subjetiva do lado do devedor: com a concessão, o devedor das prestações de serviço público passa a ser o concessionário, pelo que os utentes (e em geral todos os terceiros destinatários das prestações de serviço público) passam a gozar do direito ao cumprimento do contrato de concessão. (MOREIRA, V., 2004, p. 247).

Tal direito subjetivo público a que se faz referência deriva das normas que não visam unicamente à proteção dos interesses gerais e coletivos, mas que também atentam à proteção dos interesses particulares envolvidos. O direito subjetivo público pode ser concedido intencionalmente, mas pode também derivar de um direito fundamental. É direito conferido ao sujeito privado que possibilita a exigência de determinadas condutas imputadas ao Estado.

Ruy Cirne Lima (1953, p. 28-29) aponta para uma conclusão esclarecedora, segundo a qual o mesmo negócio jurídico, de Direito Público ou Privado, poderia vir

a criar simultaneamente relações de administração e direitos subjetivos, aqueles e estes com a mesma natureza publicística ou privatística; assim, se desataria, segundo ele, a controvérsia da natureza jurídica da concessão de serviço público, da qual defluem simultaneamente relações de administração e direitos subjetivos do concedente e do concessionário.

Marçal Justen Filho assinala ser problemático reconhecer ao usuário situações jurídicas discriminadas em face exclusivamente do concedente ou apenas frente ao concessionário; desta forma, o mais correto, na opinião dele, parece ser um tratamento uniforme, tanto no que diz respeito ao concessionário quanto ao concedente. Seriam, então, muito específicas as hipóteses em que o conteúdo da situação jurídica do usuário seria material ou formalmente diverso em relação a eles. O direito a receber um serviço adequado, por exemplo, deve ser, de acordo com o autor, exercido tanto em relação à concessionária quanto ao concedente. Feita essa observação, analisa-se o artigo 7º da Lei 8.987, que gera, segundo ele, inafastável perplexidade, porque assegura a incidência cumulativa das normas do CDC (Lei 8.078/90) e do Direito Administrativo (JUSTEN FILHO, 2003, p. 555).¹⁶

Diferentemente do regime de serviço público, no qual cabe ao Estado tanto prestar o serviço quanto regular as condições de sua prestação, no Direito do Consumidor o Estado é titular apenas da regulação, incumbindo a prestação dos serviços à iniciativa privada. O problema reside na forma de exercício da competência regulatória do Estado, que poderia privilegiar interesses secundários em detrimento dos direitos da coletividade, o que geraria um conflito.

Dispõe o art. 1º do CDC que o Código “estabelece as normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social.” Faz referência e segue a orientação do art. 5º da CF, inciso XXXII, para o qual: “impõe-se ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor.” Também no art. 170 da Constituição é possível perceber essa preocupação. Diz o artigo que a ordem econômica, “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, tem por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” e

¹⁶ Ainda na esteira das considerações do autor, o regime de Direito Público constitui obstáculo aos usuários que desejarem comprovar ou demonstrar a insuficiência regulatória do Estado. E é por isso que a proposta de estender ao âmbito dos serviços públicos o regime do CDC para evitar excessos e abusos é, para ele, satisfatória.

desde que observados determinados princípios fundamentais. Encontra-se, dentre eles, o princípio da *defesa do consumidor* (cf. art. 170, CF).

Ainda na Constituição, a garantia da preservação dos interesses e direitos do consumidor aparece no inciso II do art. 175 da CF, quando alude a usuários de serviços públicos por intermédio da concessão ou permissão: “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”¹⁷ No parágrafo único traz que a lei disporá sobre “os direitos dos usuários”, no caso, e à evidência, “usuários-consumidores” dos mencionados serviços públicos concedidos ou permitidos.

O CDC, em seu artigo 6º, parágrafo 1º, traz um tratamento diferenciado, e estabelece o princípio da vulnerabilidade do consumidor, do qual decorre a necessidade de reequilibrar direitos e deveres na execução do contrato, por exemplo, a readequação da tarifa em face de excessiva onerosidade. Sobre essa readequação, a pergunta que deve ser feita, em primeiro lugar, é acerca da necessidade da medida; em segundo lugar, pondera-se sobre sua razoabilidade.

As agências reguladoras têm um papel fundamental nessa readequação, pelo fato de serem elas as responsáveis por essa “negociação” entre Administração e particular, evitando ingerências excessivas e abusos do concessionário. Cada setor é dotado de agências próprias, as quais se submetem a legislações específicas e legislam apenas tendo como base seu setor respectivo. A ANEEL, por exemplo, é submetida à Lei 9.477/96 e, nos artigos 2º, I, 3º, 5º, 6º, 7º, 19, XVII, 79 e 80 da Lei, é reconhecida a aplicação do CDC às relações por ela regidas, ao menos subsidiariamente.

O Código de Defesa do Consumidor traz medidas de razoabilidade de preço, de qualidade, de adequação e de eficiência, perfeitamente aplicáveis e em consonância com o papel dessas agências. Há, assim, por esse instrumento, a

¹⁷ A Lei Federal 8.987/95 dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da CF. A Lei 9.472/97 dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento do órgão regulador (ANATEL) Agência Nacional de Telecomunicações-, e outros aspectos institucionais, nos termos da EC nº 8/95. Em matéria de gás e petróleo, a Lei 9.478/97 dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (ANP), autarquia sob regime especial, aprova sua estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão, além das funções de confiança. No que toca à energia elétrica, a Lei 9.247/96 institui a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) autarquia sob regime especial, aprova sua estrutura regimental, e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e funções de confiança.

possibilidade de monitorar a atividade das agências reguladoras, isto é, de monitorar suas decisões. Acrescente-se ainda que a racionalização e a melhoria dos serviços públicos constituem, na esteira de todo o Código (CDC), um dos Princípios da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, VII).

Dessa forma, a atividade das agências reguladoras, combinada com as previsões e garantias do CDC, como a contenção da abusividade e excessividade no preço (art. 4º, IV, V, VII e VIII), proporcionam ao consumidor o equilíbrio econômico do contrato, que será ainda objeto de maiores considerações.¹⁸ E mais, configura um instrumento para assegurar os interesses públicos e, ao consumidor, proporciona direito à voz, a fazer valer os direitos subjetivos públicos que decorrem da relação entre concessionária e usuário, segundo Floriano de Azevedo Marques Neto (2004, p. 210).¹⁹

A Lei 8.987 garante ao consumidor a igualdade de direitos, bem como o direito à informação: Art. 7º: “Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC), são direitos e obrigações dos usuários: II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos.”²⁰ Soma-se a isto o disposto no artigo 6º do CDC, inciso X, que enuncia o direito básico do consumidor: a adequação e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Esses dispositivos trazem uma idéia dos direitos subjetivos do usuário, dos deveres e ônus da concessionária, e traça um esboço de como funciona a relação concessionária e os dispositivos legais que a regulam e sustentam. Não há qualquer dúvida a respeito da aplicabilidade do CDC à prestação dos serviços públicos, uma vez que a Lei 8.987/95 traz expressamente essa previsão. Mas o problema é: em

¹⁸ O problema que se coloca é como determinar a medida da desigualdade, isto é, o preço mínimo, ou a alíquota máxima, etc. Na verdade, apesar da legislação que sustenta esses direitos, não há como negar que esses critérios e parâmetros são definidos por escolhas políticas. Dessa análise se averigua a necessidade de criação, portanto, de mecanismos políticos de representação democrática dos interesses da sociedade. Daí a importância das agências reguladoras e da independência que deve caracterizá-las.

¹⁹ Pondera Floriano de Azevedo Marques Neto que, quando se analisa a atividade regulatória, fala-se em atividade-fim, “sem prejuízo do fato de que os órgãos incumbidos da atividade (agências ou não) exerçam, como é natural, atividades-meio. A diferença entre as atividades fim e meio no plano do controle se coloca relevante para análise dos princípios enredados no controle. Tomemos como exemplo o princípio da eficiência (art. 37, CF). Se estamos diante de atividades-meio o princípio da eficiência se apresenta pela via do princípio da economicidade (...). Já quando estamos diante das atividades-fim, avulta-se o aspecto da proporcionalidade como manifestação da eficiência, pois o Estado só deve se desincumbir de atividades que sejam adequadas, necessárias e equilibradas com vistas a atender às necessidades sociais.”

²⁰ Vale lembrar que o art. 7º da Lei 8.987/95 não revela um rol exaustivo de direitos e obrigações, ou seja, a lei 8.987/95 não afasta nem impede a aplicação do CDC, porque a relação concessionária enseja uma multiplicidade de relações jurídicas e, dentre, elas, algumas são qualificadas como relação de consumo.

que medida pode ser aplicada a Lei 8.078/90 aos serviços públicos? Isto é: para quais situações, para quem e até que ponto se aplica?

Há um dispositivo que responde parcialmente essa pergunta: trata-se do artigo 22 da Lei 8.078/90 (CDC). O artigo diz: “Os órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias, ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

Há diversos posicionamentos e interpretações que decorrem desse dispositivo legal. O primeiro deles não será alvo de maiores considerações porque não contribui para enfrentar a questão, tendo em vista que acaba fugindo dos principais problemas relativos à aplicabilidade do CDC aos serviços públicos. Qual seria o âmbito de incidência do CDC, além das relações de consumo? Essa primeira corrente não responde a essa pergunta, segundo Macedo Junior (2000, p. 240). Trata-se de autores que deliberadamente fogem da questão acerca da extensão do art. 22 no âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor, que são as relações de consumo, isto é, fogem aos principais problemas relativos à aplicabilidade do CDC aos serviços públicos. Uma segunda corrente, citada por Macedo Júnior preconiza a *extensividade* do art. 22 do CDC. Ele cita um de seus representantes, Antônio Herman Benjamin (BENJAMIN, 1991 *apud* MACEDO JUNIOR, 2000, p. 241), para o qual referido artigo se aplica tanto aos serviços *uti singuli* quanto aos *uti universi*, indistintamente.²¹ Para ele, a responsabilidade civil da Administração pelos serviços de consumo decorre da própria inclusão do Estado no elenco de fornecedores contemplado pelo CDC (art. 3º, *caput*), pois, ainda que não houvesse o art. 22, o Estado seria responsável pelos serviços que prestasse, mas por força do art. 20 do CDC.²² E continua, dizendo que há uma obrigação

²¹ Sucintamente, pode-se dizer que o serviço *uti universi* é aquele destinado a uma universalidade indeterminada e com financiamento oriundo da cobrança de impostos. Já os *uti singuli* são determinados (ou determináveis) e permitem a aferição do quantum utilizado por cada usuário. A Min. Eliana Calmon, conhecida por ditar o posicionamento da Segunda Turma, já se utilizou dessa distinção – equivocada, é verdade, porque não indica a solução do problema da possibilidade ou não do corte –, para sustentar a possibilidade do corte na prestação do serviço em caso de inadimplemento. Sobre isso, tratar-se-á adiante, e será analisado o posicionamento das Turmas do STJ sobre o assunto.

²² Art. 20. “O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço. § 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do

especial de adequação, eficiência e segurança para os serviços públicos, independentemente de sua forma de prestação ou do sujeito que os forneça. Diz ainda que o legislador entendeu mais prudente repetir a regra geral imposta a todos os fornecedores (art. 4º, II, “d”, da Lei 8.078/90), e que inova ao garantir a continuidade dos serviços essenciais.

Uma terceira posição trazida por Macedo Júnior, chamada de “extensiva mitigada”, tem como uma de suas representantes Regina Helena Costa, que escreveu sobre o assunto no artigo *A tributação e o consumidor*. Para ela, a remuneração pela prestação do serviço é condição para que haja uma relação de consumo, haja vista o art. 3º, parágrafo 2º do Código de Defesa Consumidor, o qual define serviço e prevê que dele decorre uma remuneração. Desta forma, o serviço público e gratuito não entraria no âmbito de incidência do CDC (COSTA, 1997 *apud* MACEDO JUNIOR, 2000, p. 243).

A autora parte da existência de uma remuneração específica, do pagamento de uma taxa pelo serviço, pela prestação, por exemplo, de água ou energia elétrica, sabidamente remunerados por taxa, uma vez que correspondem a um serviço divisível. Em outro sentido, os serviços públicos gerais não comportam remuneração específica e, portanto, estariam excluídos da relação de consumo (ex: segurança e iluminação pública).

Assim, para saber se o CDC alcança o serviço público, de forma a incidir na relação jurídica objeto de investigação, analisa-se o art. 3º, parágrafo 2º do CDC, que traz o conceito de serviço e inclui a remuneração, bem como o art. 145, II da Constituição Federal, que trata dos serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição mediante taxa, concluindo a autora que, em se tratando deste tipo de serviço (remunerado mediante taxas), haveria incidência de legislação tutelar consumerista.

Uma quarta e última posição adota uma concepção restritiva sobre a incidência do CDC aos serviços públicos, sendo um de seus representantes, o membro da Comissão do Anteprojeto de elaboração do CDC, José Geraldo Brito Filomeno, responsável também pela elaboração de súmulas de estudos acerca do consumidor (FILOMENO *apud* MACEDO JUNIOR, 2000, p. 242). Uma delas, a Súmula nº 6 trata de objeto de proteção do CDC:

fornecedor. § 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.”

Súmula de Estudos do CENACON nº 6 – Objeto de Proteção pelo CDC – *uti singuli*: São objeto de tutela pelo CDC (...) serviços públicos *uti singuli* retribuídos por tarifa ou preço público, quer pelo Poder Público diretamente, quer por empresas concessionárias ou permissionárias, sobretudo para efeitos do seu art. 22. Não o são, porém, os serviços públicos prestados *uti universi* como decorrência da atividade precípua do Poder Público e retribuídos por taxa ou pela contribuição a título de tributos em geral.

Filomeno concorda com Regina Helena no que diz respeito aos serviços prestados *uti universi*, que são aqueles custeados por impostos, não albergados pelo CDC. No entanto, a interpretação dele é mais restritiva, por entender que os serviços remunerados mediante taxa não estão no âmbito de incidência do CDC. Benjamin, adepto da segunda corrente, defende que o CDC aumenta o âmbito de responsabilização do Estado-fornecedor, justificando-se o art. 22 do CDC. Dessa maneira, o âmbito de incidência seria maior, tomando para comparação a normativa da CF e da Lei 8.987/95, no que se refere à matéria, em relação a esse diploma legal. Mas, afinal, há necessidade de uma relação contratual para que exista relação de consumo?

A legislação mexicana, que inspirou o CDC brasileiro, parte da relação contratual. A Lei, de 1976, traz em seu artigo 3º: “consumidor é quem contrata, para sua utilização, a aquisição, uso ou desfrute, de bens ou a prestação de um serviço”. Já no CDC brasileiro, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, o que compreende a utilização do serviço, e não sua contratação. Por fim, acrescenta que o fato de vir a existir, numa relação contratual, remuneração através de taxa, não constitui óbice para o reconhecimento de que há relação de consumo, na medida em que há remuneração específica, ainda que não seja de natureza contratual.

Marçal Justen Filho (2003, p. 559) fala de uma aparente incompatibilidade entre os regimes de Direito Administrativo e do Direito do Consumidor. Explica-se: no âmbito de incidência do CDC, o empresário deve manter a oferta realizada nas condições originais, diferentemente do que acontece nos serviços públicos, já que a mutabilidade é característica desses contratos. Em face do regime de Direito Administrativo, o usuário não poderia invocar direito adquirido à manutenção do regime jurídico, mas sua pretensão poderia encontrar respaldo no Direito do Consumidor. É claro que a aplicação das normas de Direito do Consumidor não é irrestrita no que respeita às relações que envolvem serviços públicos. Distinguem-se os negócios privados dos serviços públicos, segundo Marçal, a partir de cinco

características: a) tratando o serviço público como exercício de função pública; b) analisando a situação do usuário do serviço público; c) verificando a disciplina regulamentar administrativa; d) ponderando o interesse a ser tutelado; e) e, por fim, tratando do custo econômico da tutela.

A primeira característica faz referência aos princípios da atividade econômica em sentido estrito (art. 170 da Constituição Federal), sendo que um deles é a busca pelo maior lucro possível. Entretanto, no exercício da função pública, apenas se pode intentar a realização do interesse egoístico de lucro na medida em que se realize o interesse público. Disso decorre uma presunção, qual seja: qualquer limitação imposta pelo particular visaria lucro, e, nessa medida comportaria, por outro lado, controle e restrição externa. Conclui-se ser inadequada eventual lesão à comunidade se o objetivo for satisfazer o interesse de um único e determinado usuário.

Em relação à segunda característica, diz respeito justamente a esse privilégio de determinado e específico usuário, já que a prestação do serviço deve ter como destinatária toda a coletividade. O privilégio, portanto, é do interesse coletivo, diferentemente do que se passa no âmbito privado.

A terceira característica atenta às condições estabelecidas para a prestação do serviço, que são determinadas por ato administrativo do Estado, o que não ocorre nas relações privadas. A quarta distinção toma o objetivo das relações consumeristas, que é a satisfação do interesse privado, ao passo que, na prestação do serviço público, orienta-se à satisfação do interesse público, coletivo.

O quinto aspecto diz respeito aos custos da prestação, assumidos pelo particular quando se trata das relações privadas de direito do consumidor, o que não ocorre com os serviços públicos, que refletem diretamente no Estado e, por consequência, nos impostos e tarifas.

Ainda, para Justen Filho, conforme referido no artigo *Concessão de Serviço Público*, a aplicação do CDC se daria nos casos de omissão, ou seja, na impossibilidade da aplicação do regime de Direito Público (2003, p. 103-104). Sobre a política tarifária, considera o mesmo autor que se introduz alteração radical na concepção político-econômica do custeio do serviço e da distribuição da riqueza coletiva, sendo que a concessão significa que o custeio dos serviços será transferido para o usuário, porque a fruição do serviço é vinculada ao pagamento de uma remuneração. O volume global arrecadado dos usuários custeará as despesas

arrecadadas e a manutenção do serviço concedido, então a tarifa a ser exigida para a fruição do serviço por parte dos usuários deverá ser suficiente tanto para a manutenção do serviço como para o lucro do delegatário. Isso acaba diferenciando a *comunidade* dos *usuários*, porque os recursos da comunidade não mais serão aplicados para a implantação do serviço. Assim, caberá aos próprios usuários arcar com as despesas necessárias, o que mostra que a concessão acarreta um alívio dos não usuários e o agravamento da situação econômica dos usuários do serviço.

Assevera-se que é lícito à Administração alterar unilateralmente as regras do contrato, sem que se possa argüir expectativa de direito por parte do consumidor. Em havendo direito à indenização do usuário por danos materiais ou morais, atente-se que a coletividade arcará com ela. Ademais, frisa-se a inviabilidade da aplicação das regras e princípios de direito privado que sejam incompatíveis com os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.²³

²³ É importante consignar que, se houver regulamentação divergente, o princípio da proporcionalidade norteará a compatibilização de regimes. Para José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 269-270), tal princípio consiste na tríplice dimensão que envolve: (i) conformidade de meios (adequação); (ii) exigibilidade (necessidade) e; (iii) proporcionalidade em sentido estrito (relação entre os meios empregados e o fim visado).

3 A SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS DE CONSUMO COM BASE NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA

3.1 A necessidade de equilíbrio entre direitos e obrigações entre usuário e concessionária

Cabe aprofundar a dinâmica do contrato que se instala entre o concedido, fazendo as vezes da Administração, e o usuário. Foi dito anteriormente que a Administração pode, unilateralmente, no contrato de concessão, alterar as condições iniciais. Sobre isso deve se considerar acerca do próprio contrato de concessão, sua constituição e o conteúdo de suas cláusulas. Os contratos administrativos são *secundum legem* e *numerus clausus*, portanto, a lei é a fonte primária dos contratos administrativos.

Contudo, na elaboração do conteúdo do contrato não se encontra essa mesma rigidez, pois as cláusulas essenciais, enumeradas no art. 23 da Lei 8.987/95 não contemplam todas aquelas passíveis de serem estabelecidas no contrato. Além de poder existir outras cláusulas que não as elencadas nesse artigo, há certa flexibilidade quanto ao seu teor. Reitere-se também a imprescindibilidade de licitação nos contratos de concessão, sem a qual se afigura sua ilegalidade – o que enseja, portanto, sua cassação, além de possível responsabilização civil, política, criminal e administrativa dos envolvidos em sua celebração.

Egon Bockmann Moreira, a esse respeito, entende que se deve analisar a natureza do ato que resulta dessas cláusulas: se estatutárias, gerarão atos administrativos, segundo o princípio da legalidade; se meramente contratuais, resultarão em atos meramente contratuais praticados pela Administração, que não se configuram, por óbvio, em atos administrativos (MOREIRA, 2010, p. 63).

Entretanto, é preciso asseverar que o conteúdo e a finalidade da concessão serão esclarecidos apenas na execução do contrato, ou seja, na “vivência” da concessão, com a experiência. Ainda, o conjunto formado pelas normas e cláusulas é que norteará a interpretação do contrato, o que mostra a clara distinção do contrato de concessão dos contratos tradicionais privados, nos quais impera a “vontade das partes.”

Desta forma, nos contratos de concessão o que se busca é a realização do interesse coletivo, através da implementação do projeto concessionário, o que

permite que se fale muito mais em construção do contrato, que estará em constante desenvolvimento e sujeito a inúmeras mudanças fáticas e, por consequência, alterações no próprio contrato, em detrimento da pura interpretação de suas cláusulas.

É preciso, nesse momento, investigar a estrutura dos contratos administrativos de concessão, que tem configuração e dinâmica muito próprias, seguindo a racionalidade da Lei 8.987/95. Fala-se em contratos relacionais para explicar a relação jurídica instaurada, mas em que consiste essa espécie contratual? Pode-se dizer que os contratos relacionais buscam regular a relação jurídica que perdura no tempo e, por isso, estão sujeitos a uma série de contingências que não estão presentes nos tradicionais contratos privados, e mesmo em outras espécies de contratos administrativos.²⁴

Assim, enquanto os contratos relacionais são permeados pela busca de mecanismos para a revisão e o planejamento desta relação, ou seja, retificações, reformulações – que figuram situações naturais nessa espécie contratual –, nos contratos descontínuos essa revisão não é tão comum assim.

O artigo 10 da Lei de Concessões estabelece a relação entre as condições do contrato e o equilíbrio econômico-financeiro do projeto concessionário: atinge-se o equilíbrio econômico-financeiro se as condições do contrato forem observadas. Equilíbrio econômico-financeiro significa a posição estável do projeto concessionário, que lida com recursos materiais e com o capital disponível: de um lado a economia e, de outro, as finanças.

Além do fluxo de receitas e despesas, deve ser considerado o custo de oportunidade do capital, o investimento realizado e as projeções de longo prazo. O capital disponibilizado é remunerado por uma taxa que compensa não só o custo normal de oportunidade de capital, mas também o risco do negócio: há riscos, investimentos, amortização e lucros, portanto, muitas variantes.

Há um núcleo, segundo Egon Bockmann Moreira (2010, p. 465), que se pretende imune a futuras alterações – regulatórias, políticas, econômicas –, que consiste justamente na equação econômico-financeira dos contratos. A regulação

²⁴ A continuidade não é peculiar a muitos contratos, mas aqui é exatamente o que se tem: contratos que se estendem por décadas e que, por isso, devem ser vistos à luz das inúmeras modificações externas como alterações na economia, gastos inesperados, inovações tecnológicas, etc. É certo que existirão variações, tanto de um lado quanto de outro, porque o tempo produz oscilações inevitáveis, tanto no que se refere às mudanças sociais como também em relação às transformações tecnológicas.

futura é determinada em grande parte pelas opções técnicas e políticas de cada governo e, uma vez condensadas na legislação e regulação, tornam-se concretas nas condições do contrato.

O STJ (REsp 572070-PR, Min. João Otávio de Noronha, DJ 16.04.04) já decidiu, a esse respeito, que, uma vez instaurado o desequilíbrio, isso se reflete diretamente na “impossibilidade da observância do art. 22 do CDC, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários”, daí a necessidade de se respeitar o equilíbrio financeiro e econômico dos contratos, para se atingir sua principal finalidade, que é a prestação do serviço adequado.

Há técnicas de avaliação do desequilíbrio e medidas de equilíbrio para corrigir essas alterações circunstanciais. O dever estatutário de respeito ao equilíbrio²⁵ é semelhante aos demais contratos administrativos, mas há outros elementos relevantes a serem observados: remuneração, fluxo de caixa, cronograma de desembolsos, variação de receitas, etc. As exigências dizem respeito à metodologia de aferição do desequilíbrio e instrumentos de recomposição. Os eventos que podem gerar essas desigualdades são qualificados tradicionalmente como *álea ordinária*, em referência aos riscos dos negócios privados, e *álea extraordinária*, esta administrativa e econômica.

Diz Marcos Vinicius Corrêa Bittencourt (2006, p. 144), que os riscos do negócio nos contratos administrativos seriam naturalmente divididos entre as partes, segundo a teoria da imprevisão²⁶, que exige a identificação dos eventos imprevisíveis ou imprevisíveis. Essa classificação, entretanto, não explica a realidade atual. Hoje, só o número da balança entre encargos e receitas não satisfaz. Egon Bockmann Moreira consigna que a dinamicidade da equação econômico-financeira dos contratos de concessão está a exigir soluções igualmente ativas: ágeis na detecção de suas peculiaridades, adaptáveis às mudanças de métodos e instituidoras de perspectivas de longo prazo quanto à estabilidade da (re)composição. As condições

²⁵ O que identifica esse contrato com os outros contratos administrativos é o direito à intangibilidade da equação econômico-financeira, que tem origem constitucional e legal. Mas sua especialização, a definição de uma concreta equação econômico-financeira, tem origem consensual.

²⁶ Segundo o Direito Francês, mediante invocação da teoria da imprevisão, caberá ao Estado suportar apenas parcialmente e não totalmente os prejuízos do concessionário em decorrência de evento imprevisível, ao qual as partes não tenham dado causa e que resultou numa distorção do equilíbrio econômico-financeiro. Marcos Vinicius Corrêa Bittencourt traz os pressupostos de sua aplicação: a) imprevisibilidade do evento; b) inimizabilidade do evento às partes; c) grave modificação nas condições do contrato; e d) ausência de impedimento absoluto (BITTENCOURT, 2006, p.144).

do contrato, como prescreve o art. 10 da Lei 8.987/95²⁷, são o critério-chave para a manutenção do equilíbrio-financeiro da concessão de serviço público. Questiona-se, então, e apenas, se os critérios tradicionais são eficaz e irrestritamente aplicáveis nessas circunstâncias. As condições contratuais²⁸ (base do contrato) remetem às circunstâncias institucionais nas quais ele foi celebrado. O contrato de concessão, como um negócio jurídico celebrado em determinado contexto histórico, deve ser compreendido como um processo dinâmico, uma vez que a ele se impõem adaptações decorrentes de alterações supervenientes, imprevisíveis.

Nas relações nas quais se estabelece um vínculo relacional entre Administração e usuário, aplica-se o campo próprio de incidência das cláusulas exorbitantes. Elas derivam de condicionantes práticas, e não da natureza jurídica do contrato, justamente porque a execução não é instantânea. O que permite reconhecer a existência entre usuário e prestador, na esteira do que já foi dito, é a identificação de um núcleo consensual, resultante da especialização do regime jurídico normativamente estabelecido.

A tarifa de serviço público não pode ser abusiva, é verdade, mas isso não só levando em conta a prestação que o usuário recebe, e sim todo o fluxo de despesas e receitas envolvidas no contrato de concessão. Além disso, deve-se atentar ao fato de que o contrato de concessão envolve um investimento que se estende por décadas, e que visa atingir tanto o usuário *efetivo* quanto o usuário *potencial*, ou seja, também aquele que nem nasceu, ou aquele que não tem capacidade econômica suficiente para pagar a tarifa em sua integralidade.²⁹

²⁷ “Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. E no art. 9º, parágrafo 4º: § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

²⁸ Além das (i) condições contratuais, há outros aspectos relevantes a serem considerados, como as (ii) premissas exógenas, (iii) as consequências endocontratuais e (iv) as soluções de reequilíbrio, conforme traz Egon Bockmann Moreira, que faz referência a essa classificação, desenvolvida por Pedro Gonçalves (**Direito das Concessões de Serviço Público**: a inteligência da Parte Geral da Lei 8.987/1995. Curitiba: Edição do autor, 2010, p. 481).

²⁹ Cite-se decisão do STJ, REsp nº 1.119.359-RS, DJE 08.04.10, que registra: “ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. REGIME DE TARIFA BINÔMIA. TAXA DE DEMANDA. COBRANÇA ABUSIVA. INOCORRÊNCIA. 1. A prestação de serviço de energia elétrica aos usuários chamados “Grupo A” – os ligados em tensão igual ou superior a 2300 volts – é tarifada com base no binômio: demanda de potência disponibilizada e energia efetivamente medida e consumida. 2. Não é abusiva a cobrança pela disponibilização de um potencial de energia aos usuários, fato que, na verdade, determina o equilíbrio contratual, já que a operação envolve altos custos e investimentos. Precedentes: REsp 609332/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 5/9/2005, REsp 1097770/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 30/4/2009; AgRg no Resp 1089062/SC. 3. Recurso especial não provido (e-STJ fl. 512)”.

Ainda quanto ao núcleo contratual da relação jurídica, extrai-se que há espaços de livre atuação nas condições instauradas entre prestador e usuário. Segundo Cesar A. Guimarães Pereira (2006, p. 122), são eles: (a) campos em que a disciplina normativa do serviço reserva liberdade para o prestador; e (b) áreas em que a competição entre os prestadores induz a necessidade de atuação externa ou complementar à conduta regulada pelo concedente.

Por fim, analisar os valores da tarifa de serviço público apenas sob o ponto de vista da legislação do consumidor implica desprezar essa complexidade que incide na composição da tarifa, a qual, como se pode ver, não representa apenas prestações concretamente recebidas pelo usuário, sendo, outrossim, um elemento fundamental da preservação do equilíbrio do projeto concessionário.

Além dos fatores já considerados que englobam a composição da tarifa, há que se falar ainda dos chamados *subsídios cruzados* (internos), geralmente aludidos em contraposição aos *subsídios externos*, bancados diretamente pela Administração. Ambos têm em comum o fato de se dirigirem a situações em que o valor da tarifa não se mostra suficiente para cobrir os custos dos serviços prestados ao usuário.

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto (2002, p. 28-29), a instituição de *subsídios cruzados* é uma fórmula das mais freqüentes entre aquelas utilizadas para a implantação de políticas tarifárias e, através dela, o Poder Público faz com que um grupo de usuários arque com parte dos custos decorrentes da prestação de serviços a outros usuários. Trata-se, então, de uma forma de distribuição dos custos do serviço de maneira independente do ônus que cada um tenha gerado. Busca-se, na maior parte das vezes, cobrar mais da parcela de usuários detentora de maior poder aquisitivo, para que se possa cobrar menos da parcela de usuários com menor capacidade econômica:

É o que ocorre, por exemplo, quando são fixadas tarifas idênticas para a utilização de distintas linhas de transporte coletivo municipal. Independentemente dos custos envolvidos, todos os usuários pagarão a mesma quantia; o que usa uma linha mais rentável pagará o mesmo que o usuário de uma linha deficitária; o que usa um trecho curto paga o mesmo daquele que usa o serviço para vencer longas distâncias. Ou seja, o valor cobrado acima dos custos de um grupo subsidia o valor cobrado abaixo dos custos de outro. (ARAGÃO, 2008, p. 18 *apud* SUNDFELD; CÂMARA, 2005).

Nessa perspectiva, enquanto o usuário *efetivo* reclama por qualidade, tarifas menores, cordialidade no atendimento, ou seja, valores que se somam à fruição do serviço, o usuário *potencial* tem expectativa de fruição. Seja por motivos de ordem econômica, geográfica ou social, teria sérias e concretas dificuldades de obter acesso material à prestação. Como atender o usuário potencial?

Sabe-se que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser observado durante todo o curso da relação contratual. No CDC,³⁰ prevê o art. 6º, V a possibilidade de modificação de cláusulas desproporcionais, ou revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Tal dispositivo explora o equilíbrio de direitos e obrigações numa perspectiva não só de direitos, mas também de igualdade de fiscalização e de participação. Segundo Macedo Junior (1998, p. 253), a transparência e responsabilidade dos administradores públicos envolvidos no fornecimento de serviços públicos dependem também dos próprios usuários, através do controle sobre as agências reguladoras. O autor considera ser necessária uma expansão nos mecanismos de controle sobre referidas agências.

No art. 51 do CDC, com as especificações de seu parágrafo 1º, evidencia-se a vedação quanto às cláusulas abusivas, que ainda causam estranhamento nos privatistas mais conservadores. Aos administrativistas, soa menos desconfortável, justamente pelo fato de o regime de direito administrativo ser mais aberto e inovador: há um juízo de adequação, discute-se ao longo da execução o conteúdo e o equilíbrio de direitos e obrigações no contrato. Salienta-se que, ao fixar o preço público, além da viabilidade econômico-financeira das companhias, devem ser preservados os aspectos sociais dos respectivos serviços, de forma a assegurar o adequado atendimento de todos os usuários, inclusive os que gozam de gratuidade.³¹

Partindo da premissa de que o projeto concessionário deve realizar o interesse público (que prevalece sobre o interesse privado e individualizado dos usuários), e que tem por escopo a prestação adequada, eficiente e segura dos

³⁰ A Lei Antitruste, Lei 8.884/94, traz em seu art. 21 uma disposição semelhante, igualmente aplicável ao consumo, e também trata dos preços das tarifas/preço excessivo, vedando essa prática. São parâmetros para averiguar a onerosidade do serviço: a) comparação com similares; e b) inexistência de acordos entre prestadores de serviço ou empresas em geral.

³¹ Desta forma, não se pode aplicar a lógica privada do custo-benefício na fixação do preço público, e, assim, justifica-se o reajuste de tarifas, a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato para que se possa fornecer um serviço adequado e eficiente.

serviços públicos, não é correto falar em vantagem exagerada ou obrigação abusiva no aumento da tarifa previsto em lei e em contrato de concessão, decorrente de comprovada elevação de custos da prestadora do serviço.

Para Caio Tácito, as obrigações recíprocas que se estabelecem em uma concessão possuem um valor de relação em uma dada proporção, que deve ser mantida. Não são, para ele, as prestações do concedente que são imutáveis, nem as do concessionário, mas a relação estabelecida entre elas (TÁCITO, 1997, p. 201). O concedente deverá, então, reconfigurar o equilíbrio, uma vez desnaturado. Para isso, poderá rever as tarifas, subvenções ou outros valores equivalentes recebidos pelo concessionário.

3.2 Princípio da continuidade e a legalidade da suspensão dos serviços públicos essenciais

Os arts. 22 e 42 do CDC³² prevêm a continuidade no fornecimento dos serviços públicos essenciais, como o tratamento e abastecimento de água, a produção e distribuição de energia elétrica e o transporte coletivo, os quais estão discriminados – dentre outros serviços – na Lei 7.783/89 (Lei de Greve), que diz respeito aos serviços essenciais, sendo este um rol *numerus apertus*, que trata das atividades inadiáveis da comunidade. Pertinente mencionar, a respeito, a decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do MI 718, realizado pelo STF:

O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*). (Decisão do Plenário, de 25.10.07).

Contudo, inadimplida a prestação devida, se notificado o usuário e não efetuado o pagamento, autoriza a Lei de Concessões a suspensão dos serviços, ou

³² Art. 22: “Os órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.” Art. 42: “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.” Parágrafo único – “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito a repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.”

seja, ante a exegese do art. 6º, parágrafo 3º, II da Lei 8987/95, não incide o art. 22 e seu parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor.

A razão para isso é, além de evitar o enriquecimento sem causa do usuário que não paga, a proteção da coletividade, dos usuários que pagam pelo serviço, já que há um projeto auto-sustentável que deve prestar o serviço, e que para isso depende das tarifas pagas pelos usuários.

Sobre isso, diz Leila Cuéllar (2004, p. 356), “é justamente porque o serviço é essencial que não se pode consentir com a inadimplência”, ou seja, a coletividade paga pelo serviço e ele é essencial para todos, de tal forma que, em não havendo a receita proveniente das tarifas, não se pode manter o serviço – pelo menos de forma adequada – essencial à toda comunidade. A interrupção, para alguns, é vista como um modo indireto de cobrança, ou uma agressão à cidadania. Reconhece-se, no entanto, o direito do usuário à prestação do serviço, mas, por outro lado, devem ser levados em conta diversos deveres dos usuários, como o da contraprestação através do preço pago pelo serviço.

Certo é que não há dúvida de que está em jogo uma crise sistêmica, caso não sejam pagas coletivamente as muitas contas individuais. Sobre isso decidiu o STJ, no REsp 363.943 – MG:

Ora, se ninguém paga pelo fornecimento, a empresa distribuidora de energia não terá renda. Em não tendo renda, a distribuidora não poderá adquirir os insumos necessários à execução dos serviços concedidos e, finalmente, entrará em insolvência. Falida, a concessionária, interromperia o fornecimento a todo o município, deixando às escuras, até a iluminação pública. (Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - publicado no DJE em 01.03.04).

É preciso asseverar, no entanto, que é imprescindível a prévia comunicação ao usuário de que haverá suspensão no fornecimento do serviço, conforme estabelece o art. 6º, caput da Lei 8.987/95. No parágrafo terceiro do mesmo artigo, tem-se: “É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta” (art. 6º, § 3º, II).

O dever de prestar o serviço só se torna exigível se as condições para fruição estiverem presentes – condições estabelecidas pela regulamentação – e a essa inexigibilidade, uma vez ausentes tais condições, não feriria o princípio da continuidade. Dessa forma, não há apenas o *status* positivo do indivíduo a ser

preservado; incide, também sobre o usuário, responsabilidade, ou seja, há de se arcar com as consequências positivas ou negativas de suas ações.³³

Para que se possa interromper o fornecimento do serviço, sustenta-se que o aviso deve ser: (i) prévio, para possibilitar a ampla defesa e o contraditório, e (ii) motivado, pelo mesmo motivo. Em caso que versava sobre a diferença entre o valor do medidor e diferença de consumo (que deve ser objeto de ação própria para cobrança, e não suspensão do serviço), decidiu o STJ, no REsp 633.722-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin:

A concessionária de serviço público deve buscar os meios ordinários de cobrança e não a interrupção do fornecimento de energia elétrica, como se se tratasse de devedor contumaz. A rigor, pretende a recorrente utilizar-se do instrumento do corte de energia para forçar o consumidor a reconhecer as condições técnicas a que chegou unilateralmente a concessionária. Tal pretensão viola os mais mezinhos princípios do "due process of law".

No AgRg nos EDcl no REsp 1078096 – MG, Rel. Min. Humberto Martins, decidiu o STJ, acerca da continuidade:

Em recurso especial e embargos de declaração, alegou o agravante, em síntese, que a inadimplência não lhe retira o direito à prestação do serviço essencial de energia elétrica, e que dispositivos do Código de Defesa do Consumidor trazem a garantia da continuidade do serviço essencial de energia elétrica mesmo na hipótese de inadimplemento do consumidor. Consoante assentado na decisão do recurso especial e na dos embargos de declaração, é pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta. A interrupção do fornecimento de energia elétrica por inadimplemento não configura descontinuidade da prestação do serviço público (sic). Assim, na hipótese em comento, é legal a suspensão do fornecimento de energia elétrica, sem que isso implique descontinuidade da prestação do serviço público, na medida em que, consoante decidido pelo Tribunal de origem, trata-se de inadimplemento relativo a "débito regular e legalmente constituído". (Precedentes: Corte Especial, AgRg na SLS 216/RN, DJU de 10.04.06. REsp 994.328/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 8.4.2008, DJe 22.4.2008. REsp 800.586/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23.9.2008, DJ 23.10.2008)

Sobre o já referido dever do Estado de prestar diretamente os serviços para populações carentes, através da implementação de programas sociais, é possível

³³ Em relação às populações carentes, o Estado não deve conceder ou permitir o serviço, mas prestá-lo diretamente através de programas assistenciais.

que se implementem tarifas redistributivas ou extrafiscais, desde que haja, para isso, autorização legislativa, na opinião de Justen Filho (2003, p. 377).

Cogita-se, então, de subsídios internos, ou seja, do custeio de determinados serviços mediante receita oriunda de outros serviços, e dos subsídios públicos oriundos de receitas gerais. Quanto à primeira categoria, para alguns autores, como Cesar A. Guimarães Pereira (2006, p. 373), seguindo as contribuições de Marçal Justen Filho³⁴, ela limitaria a noção de solidariedade, ao não colher de toda a coletividade os recursos necessários ao benefício outorgado com base na solidariedade social. No entanto, ele admite essa possibilidade, se houver autorização legislativa para tanto. Neste sentido, faz-se cumprir os propósitos de um Estado Social: os que *podem* pagar, *devem* pagar. Diversamente, os que *não podem* pagar, *não devem* pagar (ou receber prestações pecuniárias – bolsas, pensões, subsídios, etc).

No REsp 1133507 – RJ, publicado no DJE em 06.11.09 (em que foi relator o Ministro Castro Meira), em decisão monocrática, decidiu-se:

É lícito à concessionária de serviço público interromper, após aviso prévio, o fornecimento ao usuário que deixa de pagar as contas de consumo, como se depreende dos seguintes julgados (sic); REsp 684.020/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 30.5.2006, REsp 898.769/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 12.04.07, este, trazendo os precedentes da 1ª Turma, são alguns deles o REsp 591.692/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 14.03.2005; REsp 691.516/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 24.10.2005; REsp 337.965/MG, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 20.10.2003.

E continua, no mesmo voto:

Ocorre que, em razão de dificuldades financeiras a partir de 2001 e problemas de saúde em 2004, o autor não teve condições de arcar com as faturas vencidas entre 24/01/2006 e 21/02/2006, cujo parcelamento, inclusive, foi injustificadamente negado pela ré, que nada fez, dando ao mesmo apenas a opção de pagamento do débito ou em 24 parcelas ou em 6 parcelas, com o que o autor não concordou dada a sua manifesta hipossuficiência financeira (fl. 215). Não se pode exigir do proprietário, como exigência para a continuidade dos serviços, uma dívida que não contraiu e que deverá ser cobrada em via própria.

Ainda no mesmo voto, faz-se referência a um importante precedente da 1ª Turma, que registra:

³⁴ Para Marçal, a transferência do custo da tarifa social para a tarifa paga pelos demais usuários não permitiria o exercício da solidariedade social porque não avaliaria a capacidade contributiva.

A Primeira Turma concluiu que o art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/95 refere-se ao inadimplemento do usuário, ou seja, do efetivo consumidor do serviço. Inviável, portanto, responsabilizar o atual usuário por débito pretérito relativo ao consumo de água do anterior. (REsp 1.066.622/RS, Rel. Mauro Campbell Marques, DJe 17.12.08)

Além disso, conforme decidiu no REsp 594095 – MG, o Min. João Otávio Noronha, DJ 19.3.2007, “o corte não pode não pode ocorrer de maneira indiscriminada, de forma a afetar áreas cuja falta de energia colocaria em demasiado perigo a população, como ruas, hospitais e escolas públicas.”³⁵

Daniela Mineko Noda (2009, p. 218), em projeto coordenado pelos Professores Vera Monteiro e Carlos Ari Sunfeld, identifica os principais aspectos dos riscos e investimentos privados nas concessões, a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Parte desse trabalho é dedicada à inadimplência dos usuários privados frente à prestação de serviços públicos e, das ações analisadas, 18,75% tinham como causa o inadimplemento privado. Dessas, 16,6% eram relativas ao setor de saneamento, enquanto 83,4% tratavam das concessões no setor elétrico.

Verifica-se que as empresas e usuários privados alegam que o corte no fornecimento de serviço público representa descontinuidade no serviço essencial, enquanto as concessionárias defendem que a Lei 8.987/95 tem previsão expressa em seu art. 6º, parágrafo 3º, inciso II, que permite a interrupção, após aviso prévio, não caracterizando a descontinuidade do serviço público, se respeitada a formalidade do aviso prévio. Daniela Mineko Noda diz ainda que a continuidade na prestação, segundo a concessionária, acarretaria prejuízos e alteraria o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

A autora constatou que a maioria das decisões do STJ foi favorável aos concessionários, entendendo que a Lei 8.987/95 tem previsão expressa autorizando o corte nessa situação. Entendeu também o Tribunal que a decisão de determinar a continuidade da prestação do serviço ao usuário inadimplente teria efeito multiplicador, consentindo com o enriquecimento sem causa de uma das partes, o que levaria ao prejuízo da concessionária, em razão do comprometimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e, quanto aos usuários adimplentes, seriam penalizados com o aumento das tarifas decorrente da elevação do índice de

³⁵ Nesse sentido, ver também REsp 682.378- RS, Min. João Otávio Noronha, DJ 6.6.06; REsp 654.818- RJ, Min. Denise Arruda, DJ 19.10.06.

inadimplência dos demais usuários, além do risco de perda da qualidade dos serviços prestados.³⁶

3.3 A legalidade da suspensão e o problema do corte dos serviços públicos em razão de inadimplência de pessoa jurídica de direito público: posições do STJ

Há muitos aspectos a serem discutidos tendo como base essas decisões, e pode-se elevar o assunto da legalidade da suspensão do corte de serviços públicos a outros patamares: a doutrina, e também os tribunais, vêm se perguntando atualmente, se seria possível suspender o fornecimento do serviço a uma pessoa jurídica de direito público.

Marcelo Arbix Nascimbem foi além, e escreveu, sob a orientação também da Professora Vera Monteiro e do Professor Carlos Ari Sundfeld, um artigo a respeito da possibilidade do corte de serviço público em razão de inadimplência da pessoa jurídica de direito público, com o objetivo de fazer um apanhado dos argumentos dos julgadores da Primeira e da Segunda Turmas sobre o assunto para, no final, fazer um balanço do entendimento de cada uma das Turmas integrantes da Primeira Sessão.

Nascimbem elaborou sua pesquisa tendo como base os julgados que tratam apenas da suspensão de energia elétrica, porque, segundo ele, os que tratam do serviço de saneamento aparecem de forma mais tímida. Para ele, o entendimento do STJ leva em conta, precipuamente, o fato de haver ou não o cumprimento do contrato e os mecanismos legislativos para um eventual corte do serviço. A discussão também passa por uma possível definição do que seria *interesse da coletividade* e, apesar de válida, pelos argumentos que traz, não chegou a uma conclusão do que significa esse conceito amplamente indeterminado.

Na análise dos julgados da Primeira Turma, constatou-se que, no período de novembro de 2000 a fevereiro de 2004, decidiu-se, em todos os casos³⁷, pela impossibilidade do corte em razão do inadimplemento do Poder Público. Em junho

³⁶ Das várias decisões mencionadas pela autora, as mais recentes são: AgRg na Suspensão de liminar e de sentença nº 162, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, de 15.03.06. Ainda, REsp nº 840.864, Rel. Min. Eliana Calmon, de 17.04.07 e, por fim, REsp nº 856.516, Rel. Min. José Delgado, de 17.05.07.

³⁷ São eles: REsp 278532, Rel. Min. Francisco Falcão, de 16.11.00, Ag na MC 3982, Rel. Min. Luiz Fux, de 11.12.01, REsp 442814, Rel. Min. José Delgado, de 03.09.02 e MC 3982, Rel. Min. Luiz Fux, de 17.02.04

de 2004, pela primeira vez, a turma decidiu pela possibilidade do corte.³⁸ A partir desse julgado, enfrentou-se um período de incertezas e alternâncias. Em novembro de 2004, sob relatoria da Ministra Denise Arruda, a turma voltou a proibir o corte, no julgamento do AgRg no AI 518.937, de 18.11.04.

Em agosto de 2005, os Ministros voltaram atrás e assumiram a possibilidade de interrupção, em decisão confirmada em 2006, no REsp 775.215, em que foi Relator o Ministro Teori Albino Zavascki (decisão de 16.03.06). Menos de um mês depois, no julgamento do REsp 721.119, de 11.04.06, com relatoria do Ministro Luiz Fux, a Turma novamente mudou de opinião e decidiu pela manutenção do fornecimento de energia elétrica, mesmo na hipótese de inadimplência da Administração. Em 21.09.06, uma situação curiosa aconteceu: duas decisões sobre a matéria foram proferidas, nesse mesmo dia, em sentidos diversos: em um dos casos (no REsp 649746, Relatora a Ministra Denise Arruda), decidiu-se pela impossibilidade do corte; no outro, entendeu-se pela possibilidade do corte de forma não indiscriminada (REsp 654818, em que também foi relatora a Ministra Denise Arruda).

Pode-se afirmar, a partir dos argumentos das decisões proferidas pela Primeira Turma, que os Ministros Luiz Fux e José Delgado são os grandes defensores da impossibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica em função do inadimplemento do Poder Público. Para Luiz Fux, desde que considerado o interesse da coletividade, o corte de serviço público é permitido com base no art. 6º, parágrafo 3º, inciso II, da Lei 8.987/95.³⁹ O Ministro José Delgado, para comprovar a essencialidade do serviço público e sua continuidade, defende o posicionamento contrário ao corte com base em três dispositivos: os arts. 22 e 42 da Lei 8078/90 (CDC), e o art. 7º da Lei 8987/95, Lei Geral de Concessões.

Em sentido oposto, o Ministro Teori Albino Zavascki diz que é possível o corte, e justifica sua posição com base no já citado art. 6º, parágrafo 3º, inciso II da Lei de Concessões, além do art. 17 da Lei 9.427/96 (Lei do Setor Elétrico). Para ele, o interesse da coletividade não é a manutenção da iluminação pública, mas o fim da inadimplência, e observa que o contrato entre a concessionária e o usuário é

³⁸ REsp 628833, Rel. Min. Francisco Falcão, de 22.06.04.

³⁹ Ele alega, no REsp 721.119 que, em última instância, o ônus do corte será sofrido pela sociedade, já que ela arcará com o inadimplemento, além do risco de lesão à ordem pública. Adota o argumento da supremacia do interesse público para dizer que não é possível o corte em relação à Administração Pública, por força do princípio da continuidade, sendo possível apenas em relação ao consumidor isolado

sinalagmático, tem obrigações mútuas. Diz também que não se pode usar, em hipótese alguma, o art. 22 do CDC como argumento contra o corte, porque seria expressamente excepcionado pelo art. 6º, parágrafo 3º, inciso II da Lei 8.987/95.

No REsp 649.746, a Ministra Denise Arruda, relatora do recurso, decidiu:

A interrupção do serviço, caso mantida, implicaria sobrepor, na cadeia de valores tutelados pelo ordenamento jurídico, o contrato à segurança pública, notadamente à vida e à integridade dos membros daquela comunidade. Nessas circunstâncias, o interesse coletivo que autoriza a solução de continuidade do serviço é relativizado em favor do interesse público maior: a segurança pública e a proteção da vida.

No REsp 654.818, que também teve como relatora a Ministra Denise Arruda, a recorrente tentou reverter uma decisão do Tribunal Estadual que a proibia de suspender o fornecimento de energia elétrica. Nesse caso, a Ministra Denise Arruda adotou entendimento diverso, e deu provimento ao recurso para reconhecer a legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica:⁴⁰

A finalidade da interrupção do fornecimento de energia elétrica é resguardar a continuidade do serviço, a qual estaria ameaçada porque oneraria a sociedade como um todo, que teria que arcar com o prejuízo decorrente de todos os débitos. Daí, prevalece o interesse da coletividade em resguardar a continuidade do serviço. A empresa concessionária poderá, desse modo, suspender o fornecimento de energia, desde que precedido de aviso prévio, no caso de inadimplemento da conta.

Na Segunda Turma, contudo, verifica-se uma uniformidade maior nas decisões. Pode-se afirmar que o entendimento dos Ministros é no sentido de reconhecer a possibilidade de corte, mas não de forma indiscriminada: devem ser preservadas as unidades públicas cujo funcionamento não pode ser interrompido. Dos dez casos analisados, sete⁴¹ permitiram o corte no fornecimento de energia elétrica. A linha adotada por essa Turma tem como base o entendimento de dois Ministros: João Otávio de Noronha e Eliana Calmon.⁴² De acordo com a Ministra Calmon, o corte de energia elétrica é permitido nos termos do art. 6º, parágrafo 3º,

⁴⁰ Neste caso, foi resguardada a continuidade do serviço público. Em ambos os casos, o debate é sobre iluminação de vias públicas, sejam elas ruas, avenidas ou estradas, e foram atribuídas, a cada um dos julgados, consequências diversas. Bem, o casuísmo, no entanto, parece prevalecer...

⁴¹ São eles: REsp 302620, Rel.Min. João Otávio de Noronha, de 11.11.03; REsp 460271, Rel.Min. Eliana Calmon, de 06.05.04; REsp 588763, Rel.Min. Eliana Calmon, 09.08.05; REsp 688644, Rel. Min. Castro Meira, de 06.10.05; REsp 682378, Rel. Min. João Otávio de Noronha, de 20.04.06; REsp 807977, Rel. Min. 23.05.06; REsp 594095, Rel. Min. João Otávio de Noronha, de 01.03.07 e REsp 876723, Rel. Min. Humberto Martins, de 12.12.06.

⁴² Ao que parece, segundo conclui Marcelo Arbix Nascimbem, autor do artigo, a Ministra Eliana Calmon dita o posicionamento da Segunda Turma.

inciso II da Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/95). Ela diz ser impossível, segundo a lógica capitalista, a manutenção do serviço gratuito por parte de grandes empresas que fazem altos investimentos, e menciona o enriquecimento sem causa do usuário que recebe o serviço e não paga pelo que consumiu, conforme Marcelo Arbix Nascimbem (2009, p. 87-105). Contudo, a Ministra afirma e reafirma que o corte não pode ocorrer de forma indiscriminada, ou seja, nas unidades cujo fornecimento não pode ser interrompido, como hospitais, escolas, creches, ou unidades públicas cuja paralisação é inadmissível.

O primeiro julgado que trouxe um mecanismo para determinar como colocar em prática a regra da possibilidade de corte, desde que não ocorra de forma indiscriminada, mantendo-se os serviços essenciais, foi o REsp nº 460271 de 06.05.04, no qual a Ministra Eliana Calmon pondera:

Tem entendido a doutrina que a Lei de Greve⁴³ supre o CDC com relação ao seu art. 10, embora os consumeristas não o considerem como absoluto, porque, para eles, todo serviço público é, em princípio, essencial. Lamentavelmente, o impasse doutrinário não foi ainda solucionado pela jurisprudência, extremamente vacilante neste especial aspecto, inclusive nesta Corte de Justiça; os serviços essenciais, para mim, estão na listagem do art. 10 da Lei de Greve...

O autor relata que o Ministro Edson Vidigal, também da Segunda Turma, entendia pela proibição do corte de um serviço público por inadimplência da Pessoa Jurídica de Direito Público. Porém, passou a admitir a interrupção:

Esta Presidência, alinhada com o entendimento antes predominante neste Superior Tribunal de Justiça, vinha decidindo contrariamente à possibilidade de corte no fornecimento, notadamente se a energia destinava-se a órgãos públicos ou ao funcionamento dos serviços essenciais. Foi modificado, porém, o trato da matéria nos âmbitos da Primeira e Segunda Turma, que passaram a permitir a interrupção do fornecimento de energia elétrica em caso de inadimplência (sic).⁴⁴

Daniela Mineko Noda, no que tange à inadimplência do Poder Público como usuário dos serviços, constatou que 9,37% das ações pesquisadas tratavam da

⁴³ Lei 7.783/89 (Lei Geral de Greve), na qual se encontra a definição de atividades essenciais, aquelas necessidades inadiáveis da comunidade.

⁴⁴ Em agosto do mesmo ano, no AgRg na Suspensão de Segurança nº 1.497, o Min. Vidigal não fez a diferenciação entre serviços essenciais e não essenciais, sendo a decisão simplesmente por permitir a suspensão do fornecimento de energia elétrica. Em março de 2006, no AgRg na Suspensão de Liminar na Sentença nº 216, o Min. Vidigal entendeu por bem resguardar o fornecimento de energia aos prédios e serviços essenciais. Não há explicação para a mudança de posicionamento, mas credita-se ao entendimento consolidado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça.

possibilidade ou não do corte no fornecimento de energia elétrica a entes públicos inadimplentes. Em sua defesa, argumentaram os entes públicos que o corte representaria afronta ao princípio da continuidade do serviço público, além do decorrente prejuízo à coletividade; sustentaram, ainda, o dever de ser mantido o fornecimento de energia elétrica para os serviços destinados às atividades essenciais de saúde, segurança, educação e iluminação públicas.⁴⁵ De outro lado, as concessionárias alegaram ser permitida a descontinuidade em caso de aviso prévio, tendo como embasamento o mesmo art. 6º, parágrafo 3º, II da Lei 8.987/95.

Segundo Noda, a menor parte das decisões do STJ ⁴⁶ foi a favor do Estado, não admitindo o corte no fornecimento de energia destinados a hospitais, pronto-socorros, centros de saúde, escolas, creches, ruas, usinas, repartições públicas, tendo em vista ser o usuário do serviço pessoa jurídica de direito público, ainda que inadimplente. No entanto, na maior parte das decisões, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que não se configura a descontinuidade do serviço público em caso de inadimplemento, reconhecendo o direito da concessionária à contraprestação pelo serviço, necessária para que este continue sendo prestado adequadamente.

Finalmente, também ressaltou o Tribunal que não está previsto no contrato de concessão o fornecimento gratuito do serviço a nenhum usuário, e que o inadimplemento comprometeria a continuidade e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Além disso, concluiu o Superior Tribunal de Justiça que não se estaria protegendo o interesse da coletividade com a mora e o enriquecimento sem causa de uma das partes, haja vista serem os usuários adimplentes penalizados com o aumento das tarifas, para reestabelecer o equilíbrio do contrato e não levar prejuízo à concessionária que presta o serviço.

⁴⁵ Discute-se acerca da possibilidade do corte, dentre as decisões mais recentes trazidas pela autora, no AgRg na Suspensão de liminar e sentença nº 174, Rel. Min Edson Vidigal São eles: REsp 302620, Rel.Min. João Otávio de Noronha, de 11.11.03; REsp 460271, Rel.Min. Eliana Calmon, de 06.05.04; REsp 588763, Rel.Min. Eliana Calmon, 09.08.05; REsp 688644, Rel. Min. Castro Meira, de 06.10.05; REsp 682378, Rel. Min. João Otávio de Noronha, de 20.04.06; REsp 807977, Rel. Min. 23.05.06; REsp 594095, Rel. Min. João Otávio de Noronha, de 01.03.07 e REsp 876723, Rel. Min. Humberto Martins, de 12.12.06., de 20.03.06, na MC nº 9.529, Rel. Min. Luiz Fux, de 5.10.06 e no REsp nº 884.732, Rel. Min. Luiz Fux, de 12.06.07.

⁴⁶ O REsp nº 588.763, Rel. Min Eliana Calmon, de 09.08.05, por exemplo.

3.4 O serviço adequado visto sob a ótica da legislação, doutrina e jurisprudência e da reserva do possível

No art.6º da Lei 8.987/95, especialmente em seu parágrafo 1º, encontram-se os chamados princípios da Lei Geral de Concessões. Marçal Justen Filho identifica serviço adequado com eficiência. Para ele, o art. 6º, parágrafo 1º produz um detalhamento do que se reputa como eficiência. Ele vê *serviço adequado* como um conceito indeterminado, diante da impossibilidade de formular uma solução completa a determinada situação, a qual exigiria do aplicador a observância de certos conceitos cuja determinação dependerá da avaliação concreta das circunstâncias (JUSTEN FILHO, 2003, p. 302-303).

Há que se ter cuidado com esses princípios, porque a compreensão principiológica do direito tem vindo com uma ânsia (principalmente no âmbito do Direito Público), a que Egon Bockmann chama de “corrida dos princípios”, e Paulo de Barros Carvalho chama de “banalização dos princípios”. Não raras vezes, os princípios são utilizados para resolver problemas insolúveis, provendo ao aplicador uma resposta fácil, segundo Egon (2010, p. 286-287). Defende o autor que a Lei Geral de Concessões deve ser sim compreendida como um sistema aberto de princípios e regras: não só regras, nem princípios, mas todos na condição de normas. É da compreensão unitária da Lei 8.987/95 que se extrai a aplicação sensata dos comandos normativos.

Os princípios do referido art. 6º não são exclusivos dos serviços concedidos, mas sim do gênero serviço público. Egon Moreira traz, a esse respeito, as quatro “Leis de Rolland”⁴⁷ do serviço público: vínculo estatal, continuidade, adaptabilidade e igualdade; e estabelece critérios que diferenciam o regime de prestação contínua e regular, que qualificam o serviço público. Sob esse raciocínio, a razão de existir, a finalidade do serviço público e sua extrema importância social fazem com que ele se submeta a um regime diferenciado. Tal regime traz consigo a mutabilidade como dever estatal, a fim de assegurar a contínua prestação do melhor serviço possível.

⁴⁷ Egon Bockmann Moreira explica que Rolland concebia o Direito Administrativo como sendo “constituído pelo conjunto de regras relativas à organização e ao funcionamento dos serviços públicos, sendo vinculados esses aos particulares”; e continua: “do ponto de vista jurídico, a Administração não é uma entidade. É simplesmente um conjunto de serviços públicos que são garantidos pela Corte de cassação e tribunais dependentes.”(Tradução nossa)

No direito brasileiro, é o texto constitucional a fonte primária da obrigação de manter o serviço adequado: art. 175, parágrafo único, inciso I. E estabelecem o art. 1º, *caput* e parágrafo 1º que toda e qualquer concessão ou permissão tem como ponto de partida a adequação do serviço em sua prestação aos usuários, sendo, assim, pressuposto da prestação, propósito dela.

Nada obstante a alegada indeterminação do conceito de serviço adequado, Marcos Vinícius Corrêa Bittencourt (2006, p. 37) diz não ser na verdade uma indeterminação. O que ocorre é a impossibilidade de identificar *a priori* todas as situações que se enquadram na fórmula, mas, no momento em que nesta se enquadram determinada situação ou fato, efeitos ou conseqüências jurídicas ocorrem. Bittencourt traz as palavras Marcos Juruena Villela Souto sobre esse novo papel do Estado, que traça um diferente perfil às suas atividades:

O Poder Público deve concentrar-se no planejamento e no controle da atividade, delegando a particulares, por meio de concessões e permissões previamente licitadas, a execução do serviço e obtenção da respectiva remuneração pela cobrança de tarifas módicas; esta é a opção que se pretende utilizar para a exploração da telefonia celular móvel, satélites, melhoria das estradas de ferro, conservação de rodovias, distribuição de energia elétrica, água e tratamento de esgotos, transporte terrestre, aquaviário, etc. (SOUTO, 2006, p. 132 *apud* BITTENCOURT, 2006, p. 38).

Marçal Justen Filho, ao analisar a fórmula de normas gerais referente ao instituto da licitação, conforme determina o art. 22, XXVII da CF, e defini-la como conceito jurídico indeterminado, ensina:

Como todo conceito jurídico indeterminado, a expressão “norma geral” comporta dois núcleos de certeza. Há um núcleo de certeza positiva, correspondente ao âmbito de abrangência inquestionável do conceito. Há outro núcleo de certeza negativa, que indica a área a que o conceito não se aplica. Entre esses dois pontos extremos, coloca-se a zona de incerteza. À medida que se afasta do núcleo de certeza positiva, reduz-se a precisão na aplicação do conceito. Não existe, porém um limite exato acerca dos contornos do conceito.

A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados não deságua na liberação do aplicador do Direito para adotar qualquer solução, a seu bel-prazer. Aliás, muito pelo contrário. Conduz a restringir a liberdade na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. A incompatibilidade entre o limite do conceito e a atuação do aplicador resolve-se na invalidação dessa última. (JUSTEN FILHO, 1998, p. 17-18).

Marçal (2003, p. 562) afirma, quanto à inadequação do serviço, que “caracteriza infringência a direito subjetivo dos potenciais usuários, mas também contraria o interesse público, de modo objetivo”. Ele entende ser possível um

controle não só pelos instrumentos de defesa de direitos subjetivos individuais, mas também por meio da ação popular e da ação civil pública.

O fato de ter como alvo o fornecimento de serviço compatível com as necessidades dos usuários não deve, entretanto, levar à conclusão de que haverá predominância da vontade individual a qualquer custo, porque não se trata de atender necessidades individuais, e sim coletivas. O projeto concessionário deve se voltar, assim, para a coletividade, não para um usuário específico, em consonância com a busca pela realização do interesse público primário, conforme ditam as regras de direito administrativo. O que se deve ter em mente é que o serviço é tornado público devido a razões que vão além dos limites individuais.

Quanto ao usuário, deve colaborar na qualidade do serviço, haja vista o projeto concessionário imputar direitos e deveres, não sendo, assim, uma via de mão única. Os usuários são sujeitos de direito que assumem a posição de usuários de serviços públicos e de quem se espera colaboração para que se atinja a realização do interesse público primário de forma eficaz. Devem sim, sem dúvida, ser tratados com igualdade na relação concessionária, mas também se espera essa visão equânime entre os próprios usuários. Desta forma, um benefício concedido a um determinado usuário repercute, como já se observou, na tarifa cobrada dos demais, já que a tarifa é a fonte que sustenta o projeto concessionário, sendo inviável a prestação de serviços gratuitos, abaixo do custo ou que não proporcionem lucro àquele que presta o serviço. O serviço deve ser sim adequado: prestado segundo os padrões de qualidade fixados no regime estatutário, edital e contrato, mas deve também ser prestado com a perspectiva de investimento rentável por aquele que presta.

O parágrafo terceiro e seu inciso I do art. 6º da Lei 8.987/95 estabelecem as exceções ao princípio da continuidade. A primeira exclui o prévio aviso para que haja interrupção, porque trata de situações de emergência (ex. chuvas intensas), fatos imprevisíveis que exigem ação imediata do concedente/concessionário. Tem por consequência adoção de medidas imediatas privilegiando a segurança dos usuários, e tem por dever restabelecer o serviço assim que seja possível. Outra hipótese de suspensão dos serviços trazida no art. 6º, parágrafo terceiro da Lei Geral de Concessões é o inadimplemento do usuário (inciso II), objeto principal desse trabalho, conforme foi amplamente discutido nos parágrafos anteriores.

Na hipótese de interrupção por motivos técnicos ou segurança das instalações, o concessionário tem o dever de avisar previamente os usuários. As razões devem ser levadas a conhecimento público e serem os usuários previamente alertados e em prazo hábil, para não prejudicar suas atividades. Caso não chegue o aviso formal e prévio em tempo, pode haver a responsabilização da concessionária pela quebra da continuidade. Há que se averiguar, para tanto, se foram observados os limites de tolerância estabelecidos pelo Poder Público, inclusive por força das peculiaridades que envolvem a prestação do serviço.⁴⁸

Por fim, Cesar A. Guimarães Pereira introduz uma discussão relacionando a efetividade, a eficácia jurídica dos direitos às prestações e a reserva do possível. No entender do autor, o direito positivo que envolve gastos públicos estaria sujeito à disponibilidade efetiva de recursos públicos. Diz-se que tais direitos estariam garantidos mesmo levando em conta a reserva do possível, o que gera amplas discussões doutrinárias e jurisprudenciais⁴⁹. Seria um dos elementos para a

⁴⁸ Serão as agências reguladoras as responsáveis por definir os limites aceitáveis para a interrupção.

⁴⁹ Na jurisprudência dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Regionais Federais, o reconhecimento de direitos mínimos em situações emergenciais é praticamente unânime, segundo referido autor, sem que se vislumbre obstáculo na reserva do possível: STF, 2ª T., AI 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 18.2.00; STF, 2ª T., REExt 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.00; STF, 2ª T., REExt 255.627/RS, Rel. Min. Celso Jobim, DJ. 23.02.01; STJ, 1ª T., RMS 11.183/PR, Min. José Delgado, DJ 4.9.00; STJ, 2ª T., RMS 17.425/ MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 22.11.04; TRF- 2ª R, 1ª T., AI 75405/RJ, Rel. Des. Fed. Ney Fonseca, DJ 17.02.02. Em outras decisões, mais recentes, trazidas pelo autor, o STJ vinha tentando estabelecer limites para esses direitos mínimos, com fundamento em limitações financeiras do Estado. Sem prejuízo do estudo feito pelo autor, foram pesquisadas algumas decisões mais recentes, para averiguar se os Tribunais de Superposição (STF e STJ) ainda vinham decidindo da mesma forma.

São relevantes, quanto ao tema, as seguintes decisões: STF SL 47 Ag R/PE, Ag Rg na Suspensão Suspensão de Liminar. Min. Gilmar Mendes (Presidente). DJ 30.04.10. “Agravado Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. *Judicialização* do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravado regimental a que se nega provimento.” Também no STF, Ag. Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada STA 175- Ag R – CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicada no mesmo dia da Suspensão de Liminar citada anteriormente: 30.04.10. Ementa: “Suspensão de Segurança. Agravado Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. *Judicialização* do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravado regimental a que se nega provimento.” A próxima, ainda no STF, Rel 6568/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJ 25.09.09: “Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. Atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça --- onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária --- e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve [art. 142, § 3º,

ponderação de direitos *a priori* para os direitos definitivos. Consiste, para ele, na conjugação entre (i) a razoabilidade da pretensão do particular, (ii) a disponibilidade financeira do Estado e (iii) a aplicação das pautas constitucionais acerca da fixação de prioridades orçamentárias. Não basta a ausência fática de recursos: deve-se demonstrar que não há recursos porque foram alocados para atender interesses mais relevantes, e essa alocação se deu de modo ponderado: em segundo lugar, de forma que tal interesse tenha recebido a máxima atenção possível do Estado. Sobre isso, vale mencionar decisão recente da 2ª T. do STJ, sob relatoria do Ministro Humberto Martins, REsp 764085, DJ 10/12/09:

1. Os fatos consignados pelo acórdão recorrido noticiam que a ré resistiu à pretensão do autor da ação civil pública, motivo pelo qual, não há que se falar em ausência do interesse de agir do Ministério Público.
2. Nos termos do art. 19 da Lei. n. 9.472/97, compete à Anatel a obrigação de fiscalizar os serviços públicos concedidos, bem como, de reprimir as infrações aos direitos dos usuários. Com efeito, não há discricionariedade para o administrador público em realizar, ou não, a fiscalização.
3. A discricionariedade, porventura existente, circunscrever-se-ia na escolha do meio pelo qual a fiscalização será exercida. Todavia, ainda assim, o administrador está vinculado à finalidade legal, de modo que, o meio escolhido deve ser necessariamente o mais eficiente no desempenho da atribuição fiscalizadora.
4. Isto ocorre porque a discricionariedade administrativa é, antes de mais nada, um dever posto à Administração para que, diante do caso concreto, encontre dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal.
5. A reserva do possível não pode ser apresentada como alegação genérica, destituída de provas da inexistência de recursos financeiros. Requer, ademais, considerações sobre a situação orçamentária do ente público envolvido, o que esbarra na súmula 7 desta Corte Superior. Recurso especial improvido.

Ainda sobre a aplicabilidade da reserva do possível nos Tribunais Superiores, a Min. Eliana Calmon, 2ª T., Min. Rel. no REsp 835687, DJ 17.12.07, esclarece:

1. Tem prevalecido no STJ o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado.
2. Embora venha o STF adotando a "Teoria da Reserva do Possível" em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à

IV] (sic).” Também no STF, RE 410715/SP, Min. Celso de Mello, DJ 03.02.06. “E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).”

saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada.

3. Recurso especial não provido.

No REsp 1041197, 2ª Turma, DJ 16.09.09, o Ministro Relator Humberto Martins decidiu:

(...) Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

E o Ministro Luiz Fux, da 1ª Turma, contribuiu com a discussão com seu voto proferido no julgamento do REsp 811.608, DJ 04.06.07:

O Ministro CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: "Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível -

não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.” (...) 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, em parte, desprovido.

No Tribunal Federal da 4ª Região, meses atrás se decidiu em sentido semelhante, no julgamento do AI 2009.04.00.038842-0, DJ 10.03.10, 3ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, aproveitando a mesma contribuição de Celso de Mello citada acima pelo Ministro Luiz Fux:

No que pertine às políticas públicas, o E. STF destacou a relevância da "reserva do possível", notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige desta, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. Ressaltou, ainda, a gradualidade de seu processo de concretização, dependente, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (STF, ADPF 45, Rel Min. Celso de Mello).

2. A reserva do possível, no âmbito da aplicação dos recursos públicos, necessita de tomada de decisão por parte dos órgãos políticos legitimados para tanto.

A partir das contribuições da doutrina e das decisões mencionadas, evidencia-se a existência de direitos subjetivos públicos, derivados da Constituição, a serviços mínimos, cuja amplitude não pode ser definida em abstrato, dependendo assim da situação que se coloca e de posições concretas. São serviços mínimos que detêm prioridade constitucional (direitos fundamentais) que lhes dá precedência em face de outras possíveis destinações de recursos públicos, o que torna difícil a aplicação da *reserva do possível*, já ponderada no processo de tomada das decisões da Administração. Em princípio, em havendo dotação orçamentária, seria impertinente a invocação de tal princípio: apenas razões supervenientes, relacionadas com a execução orçamentária e compatíveis com a pauta constitucional de prioridades poderiam servir de justificação nessa situação.⁵⁰

⁵⁰ Sobre isso, cite-se ADI N. 2680-1/RS (Rel. Min. Gilmar Mendes), que tem por objeto impugnação da norma da CE gaúcha que dá efetividade ao orçamento participativo (art. 149, parágrafos 4º, 11 e 12). Na opinião de Guilherme Amorim Campos da Silva (2004, p. 161), a norma impugnada seria válida porque não interferiria na independência do Poder Executivo, obrigando-o, como alega o autor da ADI, a gastar tudo que prevê o orçamento em determinada área, mas obriga o governo a demonstrar, com transparência, a política que adotará

Cesar A. Guimarães Pereira afirma que o Estado detém a competência, funcional, que envolve um *poder-dever*, para, mediante decisão legislativa e organização administrativa, prestar serviços públicos destinados a satisfazer outro aspecto dos direitos fundamentais ou de valores constitucionais relevantes – considerando aspectos como a alocação de recursos públicos, capacidade contributiva e de pagamento de tarifas.

Quanto ao âmbito não protegido pelos direitos mínimos, que mais nos interessa neste trabalho, mas ainda assim por força da eficácia jurídica dos direitos fundamentais, segundo o autor, o usuário (hipotético ou potencial) detém direito público subjetivo de exigir do titular do serviço as informações necessárias para aferir o cumprimento de deveres constitucionais e, em caso de descumprimento, o dever de exigir providência sub-rogatória, reparação e a responsabilização dos envolvidos.

Ainda na esteira das considerações do autor, não sendo caracterizados como um direito subjetivo concreto a providências compensatórias, os interesses dos usuários hipotéticos deveriam ser considerados em provimentos judiciais declaratórios de omissão estatal (através de ações individuais, coletivas ou com legitimação especial), cujos efeitos poderiam reforçar a posição política dos usuários no embate democrático sobre as decisões alocativas e caracterizar, ao menos em certos casos, hipóteses de responsabilidade pessoal dos agentes políticos envolvidos.

para a área, com desembolso programado dos recursos orçamentários alocados, incentivada a participação popular. Tornaria, então, eficazes os princípios de participação popular democrática prevista na CF.

CONCLUSÃO

O trabalho elaborado permite concluir que não há ainda uma definição dos tribunais sobre legalidade da suspensão no corte, apesar da firme posição de alguns ministros do STJ. Além disso, encontram-se decisões em vários sentidos em todo o Judiciário brasileiro. O que não se discute é a aplicabilidade do CDC, trazida expressamente pela Lei Geral de Concessões, embora haja quem diga que nem isso é suficiente para ensejar a aplicação da Lei 8.078/90 (CDC).

Quanto aos usuários dos serviços públicos, verifica-se uma melhora no acesso aos seus direitos em razão tanto do CDC e da progressiva utilização dos seus princípios, apesar de tímida ainda em alguns aspectos, quanto pelos instrumentos de tutela coletiva, também pelas previsões da própria Lei Geral de Concessões e especialmente em razão da atuação das Agências Reguladoras, que possuem um papel importante na intermediação da relação entre Estado e usuário, controlando, disciplinando e fiscalizando a execução dos serviços prestados pelas concessionárias.

Demais disso, as concessões acabam traçando uma complexa relação jurídica, já que são muitos os envolvidos na prestação do serviço: o usuário, a concessionária, terceiros, o Estado – apesar de não exercer seu papel adequadamente em muitos casos, é verdade. Não se pode esquecer que apenas a execução do serviço é transferida, conforme se viu, ou seja, o Estado tem sim responsabilidade pelo serviço; não há uma desoneração completa, ao contrário do que freqüentemente se pensa.

Há diversas formas de se compor o pólo ativo, ao contrário do que a Lei Geral de Concessões possa dar a entender. Não apenas os entes federativos podem assumir o papel de concedente, mas também outros entes, inclusive uma pessoa jurídica constituída exclusivamente com essa finalidade, conforme se expôs quando se falou sobre convênios e consórcios incumbidos de prestar o serviço, com todas as distinções que lhes cabem.

Sobre a adequação do serviço, há diversos critérios para aferi-la, mas basicamente devem ser verificadas as condições estabelecidas previamente, prestado segundo os padrões de qualidade fixados no regime estatutário, edital e contrato, e deve, igualmente, ser prestado com a perspectiva de investimento

rentável por aquele que presta. Também o art. 175 da CF prevê a adequação, para se ter a dimensão da importância dessa garantia, conforme se foi dito.

Quanto ao art. 22 do CDC, que trata do corte do serviço por inadimplemento do usuário, um dos principais no que respeita ao tema abordado, interpretá-lo literalmente seria empobrecê-lo. Certo é que não se deve proteger a inadimplência, mas não é o corte do fornecimento do serviço o meio adequado para isso, porque a ação judicial é a via correta para cobrança, não o corte.

Por outro lado, não parece correto permitir a continuidade do serviço se houve notificação regular ao usuário e ele, ainda assim, não adimpliu a obrigação, pois, como se afirmou inúmeras vezes, não se pode coadunar com o adimplemento de uns e o inadimplemento de outros, não só pela justiça com os usuários pagantes, mas porque não se pode atribuir à concessionária a responsabilidade por esse “déficit” nas suas receitas, justamente porque é a receita advinda da tarifa que compõe o orçamento para melhorias, inovações, e pelo próprio funcionamento e manutenção do serviço.

Entretanto, não se pode apenas e tão-somente atentar a receitas, despesas, gastos e fluxos. Deve-se também olhar para os usuários, para as pessoas que fruem do serviço. É inevitável que algumas pessoas não possam arcar com uma tarifa regular de água e de luz por dificuldades financeiras, passageiras ou permanentes: o Estado tem a obrigação, nesses casos, de prestar diretamente o serviço, é o mínimo que se espera diante de tantas contribuições (diretas e indiretas) com os cofres públicos, desde as classes mais pobres.

O que interessa nisso tudo é que a concessionária vem assumir um papel que não é o mesmo do Estado, apesar de “fazer as vezes” de Estado na relação concessionária: há que se atentar, antes de tudo, que o Estado não visa lucro, diferentemente das concessionárias, que assumem o risco do negócio esperando, legitimamente e como é de se esperar, algum lucro. Por isso é incoerente pensar que as concessionárias teriam que prestar gratuitamente ou arcar com subsídios, pois é papel do Estado atender as necessidades básicas de sua população - assim se colocam Estado e concessionária: cada qual com suas respectivas obrigações.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidades e limites de aplicação do CDC. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n.15, agosto/setembro/outubro. Disponível em< <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf> > Acesso em: 12/07/10

BITTENCOURT, Marcos Vinícius Corrêa. **Controle das Concessões de Serviço Público**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 1, n. 3, jul./set. 2003.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann . **Estudos de direito econômico**. 1. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.

FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de Derecho Administrativo**, Madrid: Ed. Tecnos, 1992.

GONÇALVES, Pedro. **A Concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 6.ed. Buenos Aires: Ed. Macchi. 1994.v.1.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação**. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas Configurações da Concessão de Serviço Público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, 2003, vol.1.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 5.ed. São Paulo: Dialética, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Redes Contratuais: sua contextualização entre empresa e mercado. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, a.2, n.7, jul./set., 2004.

LIMA, Ruy Cirne. **Sistemas de Direito Administrativo**, Porto Alegre: Santa Maria, 1953.

LOPES, José Reinaldo de Lima. In _____. Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, 1992.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **A proteção dos usuários de serviços públicos** : a perspectiva do Direito do Consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). Direito Administrativo Econômico. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., v. 1, 2000.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. In : _____. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v.228, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Pensando o controle de regulação estatal. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). **Temas de Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos .Editora, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**: a inteligência da Parte Geral da Lei 8.987/1995. Curitiba: Edição do autor, 2010.

MOREIRA, Vital. **Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado Regulador**: Estudos de regulação pública – I . Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

NASCIMBEM, Marcelo Arbix. Corte de serviço público por inadimplência de direito público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n.26, abr./jun. 2009.

NODA, Daniela Mineko. Fatores de risco ao investimento provado em concessões de serviços públicos: análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: _____. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários dos serviços públicos**: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004.

TÁCITO, Caio. O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público. In: _____. **Temas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v.1.